Die Verwandlung einer andren Schuld in eine Darlehnsschuld.

Bearbeitet unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Sander
Referendar am Landgericht Görlitz.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Beyerle.

Korreferent: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.

Dahn, Prodekan.

Meinem teuren Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Gebhardt-Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.
v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts.
Arndts, Pandekten.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft.
Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund.
Bähr, in Iherings Jahrbüchern Bd. 2.
Baron, Pandekten.
Bekker, in der kritischen Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 9.
v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten.
Brinz, Kritische Blätter III.
Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von v. Holtzendorff-Kohler.
Bruns-Eck-Mitteis, Das Pandektenrecht. In der angeführten Enzyklopädie.
Bruns, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1.
Buhl, Anerkennung.
Charondas, verisim. lib. In Ottonis Thesaurus Bd. 1.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dankwarth, Nationalökonomie und Jurisprudenz. Heft 2.
Demelius, in den Heften für Dogmatik Heft 3.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches.
Dernburg, Pandekten.
Eisele, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 25.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Endemann, W., Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts.
Enneccerus, Bürgerliches Recht.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts.
Engelmann, Das preußische Recht in Anknüpfung an das gemeine Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (zit. R.G.).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (zit. R.O.H.G.).
Farnbacher, in den Blättern für Rechtsanwendung 63.
Fein, Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen (gewöhnlich zit. nach der 5. Aufl.).
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts (gewöhnlich zit. nach der 4. Aufl.).
Gierke, Deutsches Privatrecht.
Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. In der angeführten Enzyklopädie.
Glück, Erläuterung der Pandekten.
Gneist, Die formellen Verträge des neueren Obligationenrechts.
Götze, in den Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Gruchot, Glossen zum allgemeinen Landrecht. Beitr. Bd. 12.
Heimbach, Die Lehre von dem Kreditum.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht.
Huschke, Lehre des römischen Rechts vom Darlehn.
v. Jhering, Geist des römischen Rechts.
v. Jhering, in seinen Jahrbüchern Bd. 2.
Josef, Zur Auslegung der §§ 196, 197 B.G.B. In Gruchots Beiträgen Bd. 42.
Keller, Pandekten.
Klemperer, Zu § 607 Abs. 2 B.G.B. In Gruchots Beiträgen Bd. 43.
Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation.
Koch, Das Recht der Forderungen.
Koch, Der Übergang der Forderungsrechte.
Koch, Das allgemeine Landrecht mit Kommentar in Anmerkungen.
Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte. In der angeführten Enzyklopädie.

Krahmer, Der Darlehnsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hallenser Inaug.-Diss. 1900.

Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Martin, Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden.

Metallographierte Protokolle.

Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Pegels, Natur und Wirkungen der Vereinbarung, daß aus beliebigem Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll. Rostocker Inaug.-Diss. 1903.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Redlich, Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation. Breslauer Inaug.-Diss. 1893.

Regelsberger, Pandekten.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen.

Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Civilrechts.

Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch.

Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts.

Römer, Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen Recht.

v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Rechte.

v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Rechte.

v. Savigny, Das System des heutigen römischem Rechts.

Scheele, Rechtsfragen aus der Praxis des gemeinen Rechts. In Gruchots Beiträgen Bd. 16.

v. Schey, Das Darlehn. Heft 1 der Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Schmitz, Natur und Wirkungen der Vereinbarung, daß aus einem andren Grunde geschuldetes Geld künftig als Darlehn geschuldet werden soll. Rostocker Inaug.-Diss. 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B.

Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche.
Sintenis, Gemeines Civilrecht.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts.
v. Staudinger, Kommentar.
Stobbe, Zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufs. In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. 19.
Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.
Strohal, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 10.
Unger, in derselben Zeitschrift Bd. 15.
Unger, in Iherings Jahrbüchern Bd. 8.
v. Vangerow, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Wendt, Pandekten.
Windscheid, Pandekten.
Witte, in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 6.
Wolf, Die Novation ein Gespenst im preußischen Rechtssystem. In Gruchots Beiträgen Bd. 13.
Zimmermann, in den Verhandlungen des 9. deutschen Juristentags.

A.

§ 1.

Das Darlehn — ein Realvertrag.

Solange die Güter des Lebens ungleich verteilt sind, wird man den Begriff des Darlehns kennen. Dem Kapitalisten in Verbindung mit dem Zins erst die rechte Verwertung seines Geldes ermöglichend gewährt es auf der anderen Seite dem Strebenden, aber Unvermögenden die Mittel seine Arbeitsziele zu erreichen und vermag so die Gegensätze von Arm und Reich mildernd zugleich wichtige soziale wie kulturelle und wirtschaftliche Fragen zu lösen.

Im wesentlichen übereinstimmend definieren das Darlehn die verschiedenen Rechte dahin, daß es die Hingabe von Geld oder andern vertretbaren Sachen gegen die Verpflichtung des Empfängers bedeute, die Summe in gleicher Art, Güte und Höhe zurückzuerstatten.

Aus dieser Definition folgt, daß das Darlehn Realvertrag ist, im modernen Rechte genau so wie im römischen.

Nach römischem Recht gehört das Darlehn ja unstreitbar zu den Realkontrakten, zu deren Klagbarkeit Konsens und Vermögenshingabe (id est: res!) sich verbinden müssen.[1]) Die Hingabe bildet dem römischen Rechte eine „positive und

---

[1]) vgl. l. 1 § 2 D. de obligationibus 44, 7: Re contrahitur obligatio mutui datione, mutui autem datio consistit in his rebus . . ., quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.

zwingende Bedingung der Klagbarkeit".[1]) Das mutuum verlangt begriffsnotwendig außer Willensübereinstimmung den Übergang von Fungibilien aus dem Eigentum des Darleihers in das des Darlehnsempfängers (mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia);[2]) aus dieser Eigenschaft heraus hat man das Wort ja auch in falscher Erklärung etymologisch zu deuten gesucht: appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit.[3]) Allerdings konzediert nun schon das römische Recht, daß dieser Übergang aus des einen Eigentum in das des andren nicht direkt zu erfolgen brauche. Der Darleiher konnte einen andren, vielleicht seinen Schuldner anweisen, dem Darlehnsnehmer so und soviel auszuzahlen.[4]) Es konnte jemand ferner dadurch Darlehnsschuldner werden, daß auf seine Anweisung hin ein Dritter die Darlehnsvaluta erhielt.[5]) Auch konnte die Darlehnshingabe darin liegen, daß der Darleiher dem Darlehnsempfänger Sachen gibt, deren Erlös sich dieser als Darlehn behalten soll.[6])

Wie das römische kennt auch das deutsche Recht Realkontrakte und zählt das Darlehn dazu:

In den germanischen Rechten wird zwischen Schuld und Haftung geschieden.[7]) Die Schuld ist das rechtliche Sollen und zwar wie das Leistensollen des Schuldners so ursprünglich auch das Empfangensollen des Gläubigers[8]) und sie wird

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 21.

[2]) l. 2 § 3 D. de reb. cred. 12, 1.

[3]) l. 2 § 2 D. de reb. cred. 12, 1.

[4]) l. 15 D. de reb. cred. 12, 1; l. 34 pr. D. mandati vel contra 17, 1; l. 32 D. de reb. cred. 12, 1; l. 19 § 5 ad Sc. Vellej 16, 1 u. a. m.

[5]) l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1.

[6]) vgl. l. 11 pr. D. de reb. cred. 12, 1; l. 34 pr. D. mandati vel contra 17, 1; l. 8 C. 4, 2.

[7]) Brunner a. a. O. S. 248.

[8]) Gierke in der Enzyklopädie S. 522.

begründet durch Schuldvertrag abgesehen von der durch unerlaubtes Handeln herbeigeführten. Der Schuldvertrag bedarf der Form; es genügt an sich nicht die formlose Zusage gemäß: Ein Mann, ein Wort! [1]) Nur da, wo die eine Partei bereits vorgeleistet hat, und wo von dieser Leistung eine Gegenleistung abhängig sein soll, bedarf der Schuldvertrag keiner Form mehr.[2]) Damit erkennt das deutsche Recht zugleich die bindende Kraft des Realkontrakts an als des Vertrags, der erzwingbar wird, weil die eine Partei schon geleistet hat, und zwar um die andere zu verpflichten. Zu den Realverträgen zählt das deutsche Recht zunächst die lange Reihe der Arrhalverträge, bei denen der eine dem andren das Angeld, die Arrha, gibt, aber nicht, um zu geben, sondern, um den andren zu binden. Durch diese Arrhalhingabe erst wird der Vertrag perfekt und verbindlich, zugleich ist sie das Mittel jeden Vertrag zum Realvertrag zu machen.[3]) Zu den Realkontrakten gehört weiter zweifellos auch das Darlehn; denn auch bei ihm erübrigt sich die Form, da der eine gibt, um den andren zu verpflichten. Durch die Leistung erst wird der rechtlich bisher unerhebliche, weil formlose Konsens der Parteien verbindlich, so daß der Schuldner fortan gehalten ist das, was er bekommen hat, zurückzuerstatten.[4])

Der Darlehnsbegriff hat sich in der ferneren Rechtsentwicklung nicht wesentlich geändert;[5]) auch das gemeinrechtliche Darlehn ist als Realkontrakt anzusehen.[6])

---

[1]) Heusler a. a. O. Bd. 2 S. 228.

[2]) v. Amira a. a. O. S. 139; Brunner a. a. O. S. 248.

[3]) Brunner a. a. O. S. 248.

[4]) So auch Gierke in der Enzykl. S. 527; Heusler a. a. O. Bd. II S. 247.

[5]) vgl. Endemann, Bürgerl. Rechte S. 834.

[6]) So die herrschende Meinung; vgl. aber das auf S. 4 ff. Gesagte. Wie hier: Brinz, Pand. Bd. 2 § 248; Windscheid a. a. O.

Die modernen Gesetzgebungen haben das römische mutuum fast unverändert angenommen, wo sie doch oft andre römische Rechtsinstitute, wenn sie sie überhaupt übernahmen, einer umfassenden Umgestaltung unterwarfen. Die modernen Kodifikationen stehen daher auch auf dem Boden der Realvertragsnatur des Darlehns. Um nur die wichtigsten herauszugreifen, so behandelt das preußische Landrecht das Darlehn zweifellos als Realvertrag; erst an die tatsächlich erfolgte Übergabe des Darlehns knüpfen sich Folgen (I, 11 §§ 653, 727). Auch art. 1892 des Code civil spricht vom Darlehn als von einem Vertrage, bei dem die eine Partei der andren eine tatsächliche Leistung macht. Besonders scharf betont den Unterschied zwischen dem Realvertrag des Darlehns und dem vorhergehenden nur eine Verpflichtung zur späteren Hingabe begründenden Konsensualvertrag das österreichische Gesetzbuch in § 983. Auch das sächsische Gesetzbuch sieht den Darlehnsvertrag als Realvertrag an (§ 1067). Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch,[1]) das den Begriff des Darlehns als bekannt gar nicht erst definiert, schließt sich der bisherigen herrschenden Rechtsauffassung bezüglich der Natur des Darlehnsvertrages an. Auch unter seiner Herrschaft ist das Darlehn Realvertrag geblieben. Dieser Satz ist zwar nirgends im Gesetz ausdrücklich niedergelegt, aber er muß als naturnotwendige Folge des unverändert übernommenen Darlehnsbegriffs überhaupt auch heute noch gelten. Freilich wird nun die Existenz von Realverträgen im modernen Rechte überhaupt geleugnet und insbesondere der Darlehnsvertrag als Konsensualvertrag angesprochen.[2]) Die

---

Bd. 2 § 312 Anm. 5; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 231; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 291; Eisele a. a. O. S. 1 ff.; Huschke a. a. O. S. 27.

[1]) In der Folge hier mit B.G.B. abgekürzt.

[2]) So Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. S. 370; Keller a. a. O. S. 438; Dankwarth a. a. O. S. 36 ff.; Demelius a. a. O. S. 406.

Schriftsteller, die diesen Stadtpunkt vertreten, verkennen wohl nicht, daß eine Hingabe auch bei dem heutigen Darlehn noch erfolge, aber sie meinen, sie erfolge nicht contrahendi, sondern solvendi causa. Wie Bruns[1]) es scharf ausdrückt: „Es gibt keine Realkontrakte im römischen Sinne mehr. Die Gültigkeit der Verträge beruht an sich stets nur auf der Willensvereinigung. Die Hingabe der Sache ist nicht mehr der Rechtsgrund der Klagbarkeit des Vertrages, sondern nur Element der faktischen Perfektion des Willens. Eine feste Verabredung über Darlehn ist heute ein Darlehnvertrag." Aber dieser letzte Satz ist doch offenbar unrichtig. Eine Verpflichtung dessen, der ein Darlehn sucht, zur Rückgabe des Darlehns, kann doch erst entstehen, wenn er eins erhalten hat.[2]) Nicht schon die feste Vereinbarung über ein Darlehn ist der Darlehnsvertag; denn dadurch wird eine Verpflichtung zur Rückgabe niemals entstehen. Die feste Vereinbarung über ein Darlehn ist noch kein Darlehn, sie ist vielmehr nur ein pactum de mutuo dando, ein Darlehnsvorvertrag, der ein späteres Darlehn selbst zunächst sichert, wie dies ja eigentlich schon im Namen liegt. Das pactum de mutuo dando freilich ist Konsensualvertrag, nicht Realvertrag, für das pactum de mutuo dando allerdings bedeutet die Darlehnshingabe eine Hingabe solvendi, nicht contrahendi causa. Aber das pactum de mutuo dando

---

[1]) Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. S. 370.

[2]) Martin a. a. O. S. 10 Anm. 30 sagt: „Jeder Mensch sagt z. B. ich habe mir ein Pferd gekauft, — ohne daß eine Übergabe des Pferdes oder eine Zahlung des Kaufpreises stattgefunden hat —, nur nach erfolgter Vereinbarung. Kein Mensch aber wird auf den Gedanken kommen, zu sagen, ich habe mir Geld geliehen — wenn er es noch nicht hat, sondern nur einen Vertrag auf Darleihen von Geld geschlossen hat; er sagt dann, ich bekomme Geld geliehen oder ich muß Geld geliehen bekommen."

ist eben auch kein Darlehn. Aus dem Darlehnsvorvertrag wird lediglich die Verpflichtung entstehen später den Darlehnsvertrag zu schließen, und zwar eine Verpflichtung für beide Parteien, für den einen das Darlehn zu geben, für den anderen es zu nehmen. Das Darlehn selbst begründet die einseitige Verpflichtung des Empfängers das Darlehn zurückzuerstatten. Ist nun die Hingabe, die res, dem Darlehn Grundbedingung und begriffsnotwendiger Bestandteil, so können wir uns nicht wundern, wenn das B.G.B. diesen Satz als selbstverständlich übergeht. Es darf keineswegs etwa aus der Tatsache, daß das B.G.B. der Realverträge nicht besonders erwähnt und insbesondere, daß es über das Darlehn in dieser Beziehung nichts sagt, nicht etwa gefolgert werden, es gebe die Realkontrakte auf. Zudem scheint aus den Motiven[1]) entnommen werden zu müssen, daß das Darlehn Realkontrakt ist,[2]) worauf auch das „wer . . . empfangen hat" des § 607 hindeuten dürfte.

Wenn das Darlehn Realvertrag ist, kann wiederum ein Darlehn eben nur da vorliegen, wo die res vorhanden ist. Es kann also ein Darlehn nie durch einfache Beredung, nie durch Konsens allein entstehen.

Gleichwohl begegnen wir häufig im Leben der Verabredung, daß der Schuldner das, was er aus einem anderen Grunde schuldet, fürderhin als Darlehn schulden solle. Nehmen wir an, A hat von B etwas gekauft und er ist aus diesem Kaufe einen Rest schuldig; zahlen kann A vorderhand nicht, B weiß sein Geld beim Schuldner sicher und braucht vor-

---

1) Motive, Bd. 2 S. 306.

2) Engelmann, Bürgerl. Recht S. 298; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 607 B.G.B.; Endemann, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 829 Anm. 1, 834, 449 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 204; Siméon a. a. O. Bd. 1 S. 414; Schollmeyer a. a. O. S. 60.

läufig kein Geld, aber der Zinsverlust, den er durch das Kreditieren der unverzinsten Kaufgelderschuld erleidet, ist ihm unangenehm. B will das Geld also bei A stehen lassen, aber gegen Zinsen. Die Parteien kommen überein, die schuldige Summe solle als aus Darlehn schuldig gegen so und soviel Prozent Zinsen dem A weiter kreditiert sein. Die Kaufgelderschuld ist Darlehnsschuld geworden. Solche Vereinbarungen kommen häufig vor, namentlich zu dem Zwecke, verwickelte Ansprüche und Forderungen aus verschiedenen Rechtsgründen und Fällen mit kurzen Worten zu fixieren. Die Absicht der Parteien dürfte nicht selten darauf hinauslaufen, so eine brauchbare Unterlage für eine hypothekarische Sicherstellung der Forderung durch Verpfändung des schuldnerischen Grundbesitzes zu schaffen. Bei derlei Abreden scheint ja allerdings die Realvertragsnatur des Darlehns verloren gegangen zu sein und die Begründung der Darlehnsschuld allein durch Konsens ohne res zu erfolgen.

Im folgenden soll untersucht werden zunächst, inwieweit das Recht solchen Abmachungen rechtliche Kraft schenkt, und dann, wie diese Erscheinung zu erklären ist, insbesondere wie sich der Widerspruch zwischen ihr und der Realkontraktsnatur des Darlehns löst.

B.

I.

§ 2.

Die Gültigkeit der Vereinbarung eine Schuld künftig als Darlehn zu schulden.

Unbestritten hat das römische Recht überall da ein Darlehnsverhältnis anerkannt, wo der eine, der Gelder des anderen als Depositar, als Pfandgläubiger, als Mandatar in Besitz hatte, und wo die beiden übereingekommen waren, daß der Besitzende die Gelder fortan als Darlehnsschuldner haben sollte.[1]) Doch läßt sich dieses scheinbare Entstehen des Darlehnsverhältnisses ohne res noch immer so erklären, daß man die erforderliche Vermögenshingabe als durch brevi manu traditio vollzogen ansieht. Ulpian ging dann noch einen Schritt weiter. Er erkannte in l. 15 D. de reb. cred. 12, 1 die Möglichkeit an, jede andere Schuld durch bloßen Vertrag in eine Darlehnsschuld zu verwandeln, nicht nur also dann, wenn der Schuldner Sachen des anderen in seinem Besitz hatte, die er brevi manu traditione zu eigen erhält und dadurch zum Darlehnsschuldner wird.

Weil dieser Schritt, die Anerkennung der Möglichkeit der Verwandlung jeder Schuld in eine Darlehnsschuld einen Bruch

---

[1]) l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12, 1; l. 34 pr. D. mandati vel contra 17, 1; l. 10 D. de reb. cred. 12, 1.

mit dem Charakter des Darlehns als eines Realkontrakts zu bedeuten scheint, hatte s. Z. Africanus mit Bezug darauf erklärt: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse (l. 34 pr. D. mandati vel contra 17, 1).

Ein offenbarer Widerstreit in den Quellen also!

Man hat versucht ihn hinwegzuleugnen, man hat geglaubt beweisen zu können, Ulpian und Africanus stünden auf demselben Standpunkt. So meinte Huschke,[1]) daß das eine Mal (die Stelle von Africanus) an Schulden mit vorerst bloß abstrakter oder generisch bestimmter Summen gedacht sei, während das andere Mal (die Stelle von Ulpian) an Fälle zu denken sei, in denen die schuldige Summe beim Schuldner bereits individuell vorhanden sei und das Darlehn in der Tat durch brevi manu traditio gegeben werde. Dem halten wir entgegen, daß dann gerade in dem Beispiel der zitierten l. 34 D. 17, 1, von Africanus, der procurator Darlehnsschuldner werden müßte, da er ja schreibt: So und soviel ist da; das Geld möchte ich als Darlehn haben! Ist hier die schuldige Summe beim Schuldner nicht individuell vorhanden? Man hat auch angenommen, daß es sich in dem Falle der l. 15 D. 12, 1 darum handle, daß der Mandatar Geldstücke, die im Eigentum des Herrn stünden, hätte und als Darlehn behielte, daß also hier die res ebenfalls in der brevi manu traditio liege.[2]) Doch bietet zu dieser Unterstellung die zitierte Stelle gar keinen Anlaß. Von all den übrigen Vereinigungsversuchen scheint uns der von Charondas[3]) noch der ungezwungendste zu sein; er geht davon aus, daß der procurator in l. 34 D. 17, 1, ohne sich mit seinem Mandanten ins Einvernehmen gesetzt zu haben, einseitig so tut,

[1]) vgl. a. a. O. S. 63—66

[2]) vgl. Hruza a. a. O. S. 35.

[3]) a. a. O. lib. 3 cap. 14 (S. 793 ff.).

als sei er Darlehnsschuldner geworden; es sei in Wirklichkeit aber überhaupt kein Vertrag, also auch keine Verwandlung in ein Darlehn zustande gekommen. Dem widerspricht aber, daß Africanus von einer nuda pactio spricht, daß er also mindestens eine stillschweigende Billigung des Verhaltens des Mandanten seitens des Mandatars anzunehmen scheint. Wir können daher an dem Zustandekommen eines Vertrages, eben einer nuda pactio, zwischen Mandant und Mandatar nicht zweifeln. Aber Africanus will eben nicht zugeben, daß durch solche nuda pactio eine andere Schuld in ein Darlehn verwandelt werden könnte. Und Ulpian behauptet diese Möglichkeit. Es besteht eben ein Gegensatz zwischen Africanus und Ulpian. Der letztere hat im Widerspruch zum ersteren bewußt und wollend etwas Neues geschaffen, sonst hätte er es nicht selbst als Singularität bezeichnet.[1])

Dieser Zwiespalt ist nach unserer Ansicht nur zu erklären aus der historischen Entwicklung und darnach ist das Gewicht der beiden Stellen zu bemessen. Der vorliegende ist nicht der einzige Fall, daß in der das ständige Streben nach Selbstverbesserung lehrenden römischen Rechtsgeschichte neue, zwar kühne, aber von dem gesteigerten Verkehre ihrer Zeit geforderte Ideen über vielleicht noch vor kurzem hartnäckig verteidigte aber veraltete Rechtsbegriffe die Oberhand gewannen. Die in Frage stehende Ansicht Ulpians ist „eine der jüngsten Fortschritte der klassischen Zeit“,[2]) der wir den Vorzug vor der älteren noch starreren Anschauungen huldigenden l. 34 D. 17, 1 geben müssen und dies um so mehr, als uns ihre Stellung unter den Lehren über das creditum ex professo darauf hinzuweisen scheint, daß sie die Ansicht der Kompilatoren Justinians bildet. — So sagt

---

[1]) vgl. den Text der l. 15 D. 12, 1.

[2]) Bähr in Jherings Jahrbüchern II S. 42.

Savigny[1]): „Finden sich zwei Stellen aus verschiedener Zeit, so kann es geschehen, daß die Verschiedenheit des Inhalts erweislich gerade durch dieses verschiedene Alter bewirkt worden ist, indem in der Tat eine Abänderung des Rechts eingetreten ist", und weiter[2]): „Dieses (nämlich die Abänderung) ist denkbar durch ein in die Zwischenzeit fallendes neues Gesetz; aber auch — und noch häufiger — durch die fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung einer Rechtsregel. So galt z. B. in der Lehre vom Darlehn zuerst die strenge Regel, daß nur durch unmittelbares Hingeben des Geldes eine Klage gegen den Empfänger erworben werden könne. Als aber die Lehre vom Besitzerwerb eine freiere Ausbildung erhielt, wirkte diese auch auf die zulässige Form des Darlehns zurück. Zur Zeit des Africanus war, wie es scheint, diese Entwicklung noch nicht vollendet (l. 34 pr. mandati 17, 1), zur Zeit des Ulpian war sie vollendet (l. 15 D. de reb. cred. 12, 1). Hier ist die Stelle des Africanus also bloß historisches Material, wodurch die allmähliche Ausbildung des Rechtssatzes erkennbar wird".[3])

Allerdings ist nicht zu übersehen, daß der Schritt, den Ulpian mit der l. 15 D. 12, 1 tat, den Zeitgenossen gewagt genug vorgekommen sein mag und daß sich wohl auch Stimmen dagegen erhoben haben mögen. Jedoch wäre es verfehlt, in der l. 6 C. 4, 2 eine Rückkehr zur Ansicht Africans zu erblicken.[4]) Die angeführte Stelle entscheidet lediglich im konkreten Falle über die Gültigkeit der Zinsstipulation. Die Parteien wollten aus einer verzinslichen Kaufschuld eine verzinsliche Darlehnsschuld machen; das konnten sie aber nuda pactione nicht erreichen.

---

[1]) v. Savigny, System des römischen Rechts Bd. 1 S. 281.

[2]) eod. Anm.

[3]) Ähnlich auch Koch, Recht der Forderungen S. 308.

[4]) Wie das Römer tut; vgl. Römer a. a. O. S. 10ff.

Weil nämlich der Darlehnsvertrag an sich zinslos war, so bedurfte es besonderer Vereinbarung, wenn der Schuldner Zinsen zahlen sollte. Diese Zinsverträge waren nur, wenn sie in Stipulationsform geschlossen waren, selbständig klagbar.[1]) Formlose Zinsversprechen hatten nur neben bonae fidei-Kontrakten eine gewisse Bedeutung, insofern nämlich, als der Richter, der ja bei seinem Urteil das aequum et bonum der Umstände zu erwägen hatte, kraft seines Amtes der schuldigen Partei die Zahlung von Zinsen gemäß ihres formlosen Versprechens auferlegen konnte.[2]) Eine besondere Klage auf solche formlos zugesagte Zinsen bestand nicht.[3]) Neben einer Kaufgelderschuld mag also auch eine formlose Zinszusage ihren Einfluß — und zwar gelegentlich der Urteilsfällung — äußern; will man diese verzinsliche Kaufgelderschuld aber in ein verzinsliches Darlehn verwandeln, so kann dazu die nuda pactio nicht genügen. Ein unverzinsliches Darlehn kann nach der l. 15 D. 12, 1 nuda pactione entstehen; um die Darlehnsschuld verzinslich zu machen, war die Stipulation nötig. Da dies die Parteien im Falle der l. 6 C. 4, 2 unterließen, so konnten sie ihre Absicht, ein verzinsliches Darlehn zu schaffen, nicht realisieren; ein unverzinsliches wollten sie nicht; also erreichten sie gar nichts und die Kaufgelderschuld blieb Kaufgelderschuld.[4])

Und selbst wenn man die l. 6 C. 4, 2 im entgegengesetzten Sinne deuten wollte, so wäre damit nur bewiesen, daß beide Ansichten sich im Gesetzbuch Justinians finden, was schon der Gegensatz zwischen l. 15 D. 12, 1 und l. 34 D. 17, 1

---

[1]) l. 24 D. de praescr. verb. 19,5; l. 10 § 4 D. mand. vel contra 17, 1.

[2]) l. 24 D. depositi 16, 3; l. 54 pr. D. locati 19, 2.

[3]) l. 4 C. depositi 4, 34.

[4]) vgl. die Ausführungen Salkowskis a. a. O. S. 65 ff., insbesondere S. 70.

lehrt, und daß oft schwer nur neue Rechtsgedanken über alte obsiegen und daß ein vorübergehender Rückschlag auch in der Rechtsgeschichte möglich ist.

Jedenfalls läßt sich die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß sich das römische Recht schon durchgerungen hat zu der freieren Auffassung, daß man ein Darlehn auch begründen kann durch die Verabredung eine andere Schuld als Darlehn fürder zu schulden. Deshalb ist es auch nicht recht verständlich, warum manche Schriftsteller[1]) Ulpian nur halbe Arbeit tun lassen wollen, indem sie, sich an den von Ulpian vorgetragenen Tatbestand klammernd, behaupten, Ulpian habe die Möglichkeit der Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden nur für Mandatsschulden anerkannt, im übrigen aber sei er der Ansicht Africans gewesen. Ganz abgesehen davon, daß eigentlich kein rechter Grund angeführt werden kann, warum Ulpian auf halbem Wege stehen geblieben sein soll, müßten doch die l. 40 D. de minor. 4, 4, vor allem aber die l. 3 § 3 D. de Sc. Maced. 14, 6 vom Gegenteil überzeugen. In der letzteren sagt Ulpian ja ausdrücklich, daß jede Kontraktsschuld in eine Darlehnsschuld verwandelt werden kann.[2]) [3])

Bevor wir die weitere Entwicklung im gemeinen Recht betrachten, wollen wir hier einen kurzen Blick auf das deutsche Recht und seine Stellung zu unserer Frage werfen.

Das deutsche Obligationenrecht ist hinter der Ausbildung

---

[1]) Römer a. a. O. S. 15, 16; Hruza a. a. O. S. 35; Huschke a. a. O. S. 63; Sintenis a. a. O. § 108 Anm. 10; Keller a. a. O. S. 565.

[2]) vgl. in l. 3 § 3 D. 14, 6: „coepit esse mutua!“

[3]) Arndts a. a. O. § 280 Anm. 3; Salpius a. a. O. S. 325 ff.; Salkowski a. a. O. S. 60; Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 401; Fein a. a. O. S. 45; Gruchot a. a. O. S. 675 Anm.; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 293.

anderer Rechtsgebiete, namentlich hinter der reichen Ausgestaltung des Sachenrechts, zurückgeblieben. Vorzüglich im Vergleich zu dem römischen Obligationenrecht fällt dies auf. Der entwickelte Handelsverkehr Roms, auf dessen Markte sich die Nationen der Welt begegneten, brauchte ein durchgebildetes, hochentwickeltes Schuldrecht. Der Schwerpunkt der germanischen Wirtschaft lag im Grund und Boden; die wirtschaftliche Stärke des deutschen Mannes war sein Grundvermögen; er unterhielt keine weitreichende Handelsbeziehungen. Das deutsche Schuldrecht steht also aus guten Gründen hinter dem römischen zurück. Immerhin waren schon frühzeitig „Rechtsverhältnisse bekannt, vermöge deren jemand einem anderen eine bestimmte vermögenswerte Leistung schuldet. In den Volksrechten und den Rechtsbüchern begegnen Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und aus den einfacheren Verkehrsgeschäften".[1]) Gleichwohl dürfte aber vor dem Umschwunge, der sich zuerst in den italienischen, bald auch in den deutschen Städten im Verkehrsleben durchsetzte, das Darlehn bei dem noch unentwickelten Kapitalswesen keine besondere Rolle gespielt haben; das Bedürfnis jedenfalls, eine andere Schuld in ein Darlehn zu verwandeln, kann kaum fühlbar gewesen sein. Und selbst als dann — im frühen Mittelalter — in den Städten der Marktverkehr erwachte, auch da konnte sich das Darlehn nicht den Platz erobern, den es sonst in einem Gemeinwesen mit einiger Kapitalswirtschaft einzunehmen pflegt. Schuld trug daran das kanonische Zinsverbot.[2]) Der Kapitalist, der ein Darlehn gibt, tut dies fast ausschließlich in Erwartung des für die Kapitalsnutzung vom Darlehnsnehmer zu entrichtenden Zinses. Das zinslose Darlehn darf als die seltene Ausnahme gelten. Ist das Zinsnehmen ver-

[1]) Gierke in der Enzykl. S. 521.
[2]) C. 1 et 2 Extrav. comm. 3, 5.

boten, so verliert das Ausleihen des Kapitals auf Darlehn für den Kapitalisten jeden Vorteil. Wenn nun auch die jüdischen Geldverleiher, die das kanonische Zinsverbot nicht traf, und seit dem 13. Jahrhundert im steigenden Maße die Lombardischen Geldwechsler, die sich früh über das Verbot hinwegsetzten, auch weiterhin Geld gegen Zins ausliehen, so griff das Mittelalter doch zu einem Mittel, das dem Kapitalisten eine zinsbringende Verwertung seines Geldes ermöglichte, ohne daß es von dem kanonischen Zinsverbot getroffen worden wäre. Es war der Rentenkauf. Wesentlich gefördert wurde das Aufblühen dieses Geldgeschäfts durch seine dingliche Sicherheit gegenüber dem bloßen Personalkredit. Das Wesen des seit dem 12. Jahrhundert in den Städten aufkommenden Rentenkaufs besteht darin, daß jemand einem Grundeigentümer eine Geldsumme zu eigen gibt, und dafür seinerseits von dem Grundeigner bezw. von dessen Nachfolger im Eigentum eine periodisch wiederkehrende Rente aus dem Grundstück bezieht. Dieses Rechtsgeschäft, das die Form der Auflassung verlangte, stellt sich als Rentenkauf deshalb dar, weil die Rente gewissermaßen für das hingegebene Kapital gekauft ist. Daher ist die Rente an sich unkündbar und unablösbar und blieb es auch zunächst. Wenn nun auch der Rentenkauf nicht ein nur verschleiertes Darlehn ist, ein mutuum palliatum, eigens zu dem Zweck geschaffen, das kanonische Zinsverbot zu umgehen,[1]) vielmehr sich vom Darlehn durch die lediglich dingliche Haftung und durch die — wenigstens anfänglich bestehende — Unkündbarkeit unterscheidet, so hat er doch tatsächlich im Mittelalter das Darlehn vertreten[2]) und er ist in dem Maße, wie die Vorstellung von der Unkündbarkeit der Rente schwand, im Laufe der Entwicklung einem verzinslichen hypo-

---

[1]) vgl. Stobbe a. a. O. S. 181.
[2]) Brunner a. a. O. S. 251.

thekarischen Darlehn recht nahe gekommen.[1]) Wenn nun, wie ausgeführt, ein verzinsliches Darlehn verboten war, ein unverzinsliches recht selten vorkam, so ist es klar, daß von einer Verwandlung anderer Schulden in eigentliche Darlehnsschulden oder wenigstens in verzinsliche eigentliche Darlehnsschulden nicht viel die Rede sein kann oder wenigstens nur im Rahmen des Gelddarleihgeschäfts mit Juden und Lombarden.

Gleichwohl wird auch das deutsche Verkehrsleben das Bedürfnis gehabt haben andere Schulden gelegentlich in Darlehnsschulden zu verwandeln. Auch dafür war der Verkehr auf den Rentenkauf angewiesen. Wir wissen, daß die Rentenbestellung nicht bloß auf Grund eines Kaufes erfolgte, sondern daß die Rente auch als Schenkung oder durch Verfügung von Todes wegen bestellt werden konnte, daß ferner bei Erbesauseinandersetzungen der eine eine Rente aus dem Grundstück erhielt, das im übrigen anderen Erben zufiel,[2]) daß vor allem der Käufer eines Grundstücks, anstatt die Kaufgelderschuld zu zahlen, dem Verkäufer an dem Grundstück eine Rente bestellen konnte.[3]) Auch diese so begründeten Renten stehen unter den Rechtsgrundsätzen des Rentenkaufs.[4]) Wenn also das deutsche Recht die Möglichkeit zuläßt, daß der Schuldner eine Kaufgelderschuld weiter schuldet als Rentenschuld, so dürfte damit angesichts der Tatsache, daß das deutsche Recht ein verzinsliches Darlehn nicht kennt, vielmehr eben jener Rentenkauf es wirtschaftlich ersetzt, auch der Schluß berechtigt sein, daß dem deutschen Rechte die Verwandlung anderer Schulden, zum mindesten von Kaufgelder=

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 763.
[2]) Stobbe a. a. O. S. 188.
[3]) Rehme a. a. O. S. 47.
[4]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 755.

schulden, in Darlehnsschulden in Form der Umwandlung in eine Rente zulässig und erlaubt erschienen sei. Der Rentenkauf hat die Rezeption des römischen Rechts überdauert. Nachdem aber die ablösbare Rente seit dem 15. Jahrhundert die Regel geworden war, trat unter dem Einfluß der Rezeption eine Annäherung und Ausgleichung des hypothekarischen Darlehns und des Rentenkaufs ein, mit dem Unterschied allerdings, daß die deutsche Rechtsentwicklung dem Kündigungsrecht des Gläubigers lange hindernd im Wege stand. Daß für die Zeit, wo dann das Darlehn den Rentenkauf verdrängte und wieder allgemein und unbeschränkt üblich wurde, daß für diese Zeit sich auch die Anerkennung der Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden durchsetzte, selbst wenn sie, was nach obigem nicht wahrscheinlich ist, in der Zwischenzeit nicht bestanden hätte, kann keinem Zweifel unterliegen. Inzwischen hatte ja das römische Recht seinen Siegeszug angetreten und mit ihm ist allerspätestens auch nach Deutschland die Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden gekommen.

Und daß das römische Recht diese Verwandlungsmöglichkeit mitbrachte, daß diese gemeines Recht wurde, das wird allgemein anerkannt.[1]) Das geben auch Schriftsteller wie Römer zu, der die Verwandlungsmöglichkeit jeder Schuld in

[1]) Windscheid a. a. O. § 354 Anm. 2; Brinz, Pandekten Bd. 2 § 296 S. 477; Salkowski a. a. O. S. 50 ff.; Strohal a. a. O. S. 411; Unger bei Grünhut a. a. O. S. 556 Note 5; Heimbach a. a. O. S. 147; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. § 66 c.; Seufferts Archiv Bd. 49, 158; 22, 36; Glück a. a. O. Bd. 12 S. 14 ff.; Fein a. a. O. S. 45; Gruchot a. a. O. S. 674 ff.; Salpius a. a. O. S. 325 ff. Im übrigen sei auf die weiteren Literaturnachweise in den folgenden Paragraphen hingewiesen, da ja von den dort Zitierten die Existenz der im Text besprochenen Verwandlung in ein Darlehn für das gemeine Recht nicht bestritten wird; Streit herrscht für das spätere Recht nur über die Natur der Vereinbarung.

eine Darlehnsschuld für das römische Recht nicht anerkennt,[1]) indem er richtig sich sagt, daß das gemeine Recht sich bemüht habe, das römische Recht den gesteigerten Anforderungen des modernen Lebens entsprechend aus den engen Formen des reinen römischen Rechts herauszuheben. Was er für das römische Recht als zu weit gehende Interpretation der l. 15 D. 12, 1 verwirft, die Ausdehnung der Verwandlungsmöglichkeit in ein Darlehn auf jede Schuld, erkennt er für das gemeine Recht als Produkt der geschichtlichen Entwicklung an.

Auch die neueren Kodifikationen haben sich zur Bejahung der Frage nach der Verwandlungsmöglichkeit entschlossen. Schon das preußische Landrecht ließ sie zu[2]) und ihm folgten der Code civil,[3]) das österreichische Gesetzbuch[4]) und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch.[5]) In klarer Form bejaht schließlich auch das B.G.B. unsere Frage. § 607 lautet in seinem zweiten Absatze: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen".

Eine Streitfrage, ob es rechtlich zulässig sei, andere Schulden in Darlehnsschulden zu verwandeln, konnte es nur bei den sich widersprechenden Quellenstellen im römischen Rechte geben. Für das moderne Recht ist, wie gezeigt, diese Frage nach dem „Ob" erledigt und von den Gesetzgebern bejahend entschieden. Weit schwieriger ist die Frage, wie denn diese Verwandlung juristisch zu denken sei, die Konstruktionsfrage nach dem „Wie". Sie ist verschieden beantwortet worden. Ihr wenden wir uns jetzt zu.

---

[1]) vgl. Römer a. a. O. S. 17.

[2]) A.L.R. I, 11 §§ 866 ff. I, 16 §§ 452, 454; vgl. auch unten S. 21.

[3]) art. 1271 no. 1.

[4]) § 1376 ff.

[5]) § 1071.

II.

Die Versuche die Verwandlung einer anderen in eine Darlehnsschuld juristisch zu konstruieren.

Es sind im allgemeinen 3 Erklärungen für den Vorgang, der eine andere Schuld in eine Darlehnsschuld verwandelt, aufgestellt worden: Entweder man nimmt an, daß die Verwandlung so geschieht, daß ein wirkliches Darlehn — und zwar durch Fiktion der Darlehns-res — das Resultat ist, in welchem Falle aber von einer eigentlichen Verwandlung nicht gesprochen werden kann, oder man stellt sich auf den Standpunkt, das Darlehn habe nur seinen Namen hingegeben — dann ist die Schuld aber in keine Darlehnsschuld, sondern in eine abstrakte Schuld verwandelt — oder endlich man nimmt an, daß überhaupt keine Verwandlung vor sich gehe, daß vielmehr die alte Schuld mit gewissen Modifikationen bestehen bleibe.

§ 3.

a) Die Konstruktion einer wahren Darlehnsschuld.

Schuldet A dem B eine Reihe selbständiger Schuldposten, z. B. Beträge aus verschiedenen Einzelkäufen, so kann der Beweis für einzelne davon umständlich sein und mit der Zeit recht schwierig sich gestalten. Die Parteien wollen daher an die Stelle dieser Menge von Einzelschulden eine neue Schuld setzen, rechtlich charakterisiert als Darlehn. Daß sie zu diesem Zwecke grade das Darlehn wählen, hat seinen Grund darin, daß das Leben das Kreditieren überhaupt mit dem Darlehn oft auf eine Stufe stellt und daß das Darlehn ja auch tatsächlich in seiner einseitigen strengen Verpflichtung des Schuldners die reinste Form von Kreditieren

darstellt.[1]) Soll also der Schuldner seine Schuld fürder als Darlehn schulden, so können die Parteien das zunächst so erreichen, daß der Schuldner A dem Gläubiger B alle Schulden bezahlt, B darauf dem A das soeben erhaltene Geld als Darlehn zurückgibt. Dann ist die alte Schuld verschwunden und unabhängig davon eine neue, die Darlehnsschuld, da!

Aber diese Art der Verwandlung ist umständlich und bedeutet für den Schuldner eine arge Last. Das praktisch Bedeutsame wird für den Schuldner bei unsrer Verwandlung gerade die Kreditverlängerung sein. Wenn er aber, um diese zu erreichen, die Schuld zunächst tatsächlich tilgen und sich dazu vielleicht gar erst von dritter Seite das Geld leihen soll, so wird er auf die ganze Verwandlung lieber verzichten. Es gilt also das störende und im Effekte ja doch nur illusorische Hin- und Herschieben des Geldes zu vermeiden, andrerseits aber auch die Natur des Darlehns als eines Realkontraktes zu wahren. Um das zu ermöglichen, griff Ulpian zur Fiktion. Er fingierte nämlich, daß der Schuldner dem Gläubiger die Schuld zahlt und darauf die Summe als Darlehn zurückempfängt.[2]) Somit war Konsens und res auch in unserer Vereinbarung, so ein wirkliches Darlehn geschaffen.

Trotz aller weiterhin zu erörternden Bedenken gegen diese Doppelfiktion Ulpians wird man für das römische Recht die durch sie ermöglichte Konstruktion der Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden unzweifelhaft als die vom Gesetz gegebene und als die einzig mögliche anzusehen

---

[1]) Deshalb erklären auch südamerikanische Gesetzbücher eine jede kaufmännische Schuld, die vertretbare Sachen zum Gegenstand hat, für ein handelsrechtliches Darlehn; vgl. W. Endemann im Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 3 S. 844.

[2]) vgl. l. 15 D. 12, 1: „videatur mihi data pecunia et e me ad te profecta."

haben. Dafür spricht einmal, daß eben gerade die Textstelle, die die Verwandlung für zulässig erklärt, diese Verwandlung auch zugleich in diesem Sinnne konstruiert, so daß wir in dieser Konstruktion also die legislatorisch für das Justinianische Recht approbierte zu erblicken haben.[1]) Daneben ist noch zu beachten, daß die übrigen Konstruktionsversuche, die das moderne Recht kennt,[2]) im römischen Recht nicht möglich sind.

Für das gemeine und das heute geltende Recht, noch mehr aber für das preußische Landrecht ist die Ulpiansche Konstruktion aber verschiedentlich abgelehnt worden.

Für das preußische Recht insbesondere hat man[3]) sich auf A.L.R. I, 11 §§ 861—868, namentlich auf § 867 berufen: „Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäfts, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein als über ein Darlehn ausgestellt ist". Das Gewicht ist jedoch hierbei auf das „noch" zu legen; der § 867 besagt dann lediglich, daß die bloße mit dem tatsächlichen Vertragsverhältnis nicht übereinstimmende Bezeichnung desselben als Darlehn nicht genüge, den Schuldner zum Darlehnsschuldner zu machen. Es ist vielmehr gerade andrerseits aus dem „noch nicht" zu folgern, daß unter gewissen günstigen Bedingungen die Natur des ursprünglichen Geschäfts sich doch ändern kann.

Der Hauptangriff, und zwar gleichermaßen im gemeinen wie preußischen und heutigen Recht, richtet sich aber gegen den Gebrauch der Fiktion. Die Neuzeit ist der Fiktion abhold. Denn „eine Fiktion ist keine Erklärung eines juristischen

---

[1]) vgl. Salpius a. a. O. S. 327; ähnlich Martin a. a. O. S. 8; Gruchot a. a. O. S. 675 Anm.; Glück a. a. O. Bd. 12 S. 14 ff.

[2]) vgl. unten S. 24 ff., 34 ff.

[3]) z. B. Förster-Eccius a. a. O. (5. Aufl.) Bd. I S. 623 Anm. 10; Koch, Preuß. Landrecht, Anm. zu A.L.R. I, 16, § 454; Gruchot a. a. O. S. 677; Koch, Recht der Ford. S. 309.

Vorgangs, sie ist vielmehr das Eingeständnis, daß die juristische Konstruktion versage".[1]) So verwerfen die Fiktion des Zahlens und Wiederzahlens v. Jhering[2]) und v. Schey[3]). Gleichwohl sehen auch sie in der Verabredung unseres Themas die Begründung eines wirklichen Darlehns; die res finden sie nämlich in der dem Schuldner vertraglich gewährten Vermögenszuwendung[4]) bezw. in der Weiterbelassung des schon gezahlten Kapitals.[5]) Auf ähnlichem Standpunkt steht auch Endemann.[6])

All diesen Versuchen ist aber mit Martin zu entgegnen: Die Belassung einer Sache ist keine Überlassung, Kredit kein Darlehn.

Ohne weiteres ist ja den Gegnern der Fiktion zuzugeben, daß die Fiktion ein Uebel ist und daß sie über Bord zu werfen ist, sobald sie entbehrlich wird. Aber ist sie dies denn bei der Verwandlung einer andren Schuld in eine Darlehnsschuld d. h. in eine wahre Darlehnsschuld? Martin[7]) meint freilich, im Gegensatz zum römischen Recht haben im späteren Recht der abändernde Vertrag und die Substitutionsmöglichkeit eines neuen Schuldgrundes[8]) die Ulpiansche Doppelfiktion erübrigt. Es ist nun allerdings richtig, daß das nachrömische Recht diese Konstruktion für den Verwandlungsvorgang kennt. Aber wir werden zeigen,[9]) daß dieser moderne Konstruktionsversuch neben

---

[1]) Martin a. a. O. S. 9.
[2]) in v. Jherings Jahrb. Bd. 2 S. 134 ff.
[3]) a. a. O. S. 85.
[4]) Jherings Jahrb. Bd. 2 S. 138 ff.
[5]) v. Schey a. a. O. S. 85.
[6]) Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 835.
[7]) a. a. O. S. 10, 38 ff.
[8]) s. unten S. 34 ff.
[9]) s. unten S. 34 ff.

den Ulpianschen getreten ist, nicht an dessen Stelle, weil er das Resultat der Ulpianschen Fiktion, ein wahres Darlehn, eben nicht erzielt, vielmehr ganz andere Erfolge wie dieser hat. Die Absicht der Parteien kann aber andererseits doch fraglos auf Begründung eines wirklichen Darlehns gehen. Das verbietet ihnen weder ein gemeinrechtlicher Satz noch das preußische Landrecht noch auch der § 607 Abs. 2 B.G.B. Der § 607 Abs. 2 spricht sich überhaupt nicht über die Natur des entstandenen Darlehns aus; er will vielmehr nur dem Einwand der Klageänderung entgegentreten, der dem ein Darlehn Einklagenden entgegengesetzt werden könnte, wenn der Kläger auf die exceptio non numeratae pecuniae die Entstehung des Darlehns durch Umwandlung darlegte. Lediglich die Unzulässigkeit der Geltendmachung einer Klageänderung will § 607 Abs. 2 statuieren. Ein weiteres ist aus ihm nicht zu entnehmen.[1]) Kein Rechtssatz spricht sich im modernen Recht zugunsten einer der genannten Konstruktionen aus — wie etwa im römischen Recht —, aber auch keiner zuungunsten irgend einer. In Hinblick auf „die Anerkennung des Parteiwillens als der schaffenden Kraft des Privatrechts“[2]) muß den Parteien die Möglichkeit, an die Stelle der alten Schuld eine wirkliche Darlehnsschuld zu setzen, unbenommen bleiben. Wollen sie dies aber tun und wollen sie zugleich den Weg, der sie zu einer materiellen Darlehnsschuld führt, das Zahlen und Zurückzahlen der Summe, nicht gehen, weil er dem Schuldner beschwerlich erscheint und doch keine wahre Solution und Numeration mit sich bringt, nun so bleibt ihnen auch heute nichts anderes übrig, als daß sie das Hin- und Herschieben als geschehen betrachten, d. h. daß sie eben die Fiktion gebrauchen. Ganz unhaltbar und sich unnötig in

[1]) vgl. Klemperer a. a. O. S. 568 ff.
[2]) Martin a. a. O. S. 55.

Widerspruch mit dem praktischen Leben setzend ist es, wenn Huschke[1]) stets festhält am tatsächlichen Zahlen und Rückzahlen. Er steht vereinzelt mit seiner Ansicht. Die Mehrzahl der Schriftsteller lassen die Fiktion Ulpians auch für das nachrömische Recht gelten; für das gemeine Recht ist es beinahe unbestritten herrschende Lehre.[2]) Und auch für das B.G.B. ist sie zu halten und wird auch gehalten.[3])

§ 4.

b) Die Konstruktion einer abstrakten Schuld.

Zur Beantwortung der Frage, wie sich juristisch die Verwandlung in Darlehnsschulden konstruieren lasse, ist die abstrakte Schuld zu Hilfe genommen worden.

„Vermögenszuwendungen sind nicht Selbstzweck."[4]) Jedes Geschäft hat vielmehr einen bestimmten Zweck, zu dessen Erreichung es selbst nur das Mittel ist. Dieser Zweck ist die

---

[1]) a. a. O. S. 66.

[2]) Glück a. a. O. Bd. 12 S. 14 ff.; Gruchot a. a. O. S. 676; Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 354 Anm. 2; Brinz, Pand. Bd. 2 § 296 S. 477; Salkowski a. a. O. S. 72; Unger b. Grünhut Bd. 15 S. 556 Nr. 5; Heimbach a. a. O. S. 147 ff.; Zimmermann a. a. O. II, S. 488 ff.; Schmitz a. a. O. S. 17; Pegels a. a. O. S. 27; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 § 623; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. S. 383 unter c; Seufferts Archiv Bd. 4 149; 49, 158; 22, 36; 5, 127; 5, 314; v. Savigny, System Bd. 1 S. 284; Scheele a. a. O. S. 130 Nr. 6; Witte a. a. O. Bd. 6 S. 45.

[3]) Fischer-Henle a. a. O. 1. Aufl. Anm. zu § 607; Mathiaß a. a. O. Bd. 1 S. 579; Farnbacher a. a. O. 63 S. 509; Klemperer a. a. O. S. 575 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 206 eod. Teil 1 S. 271 Anm. 1; vgl. auch für das Handelsrecht: W. Endemann a. a. O. Bd. 3 S. 845.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 219.

causa. Jede Zuwendung von Vermögen wird also diktiert von einem Zwecke. Es ist daher billig, daß ohne Erreichung dieses Zweckes die Vermögenszuwendung keine perfekte sei. Gleichwohl ist dies Prinzip nicht überall festgehalten. Es gibt vielmehr im Gegensatz zu den materiellen Geschäften, wo die Realisierung des Zweckes Wesen und Bestand des ganzen Geschäfts bedingt, abstrakte Geschäfte, die zu erfüllen sind, weil sie eingegangen sind. Um ihrer leichten Beweisbarkeit willen und wegen ihrer Einreden abholden Strenge sind die abstrakten Verträge vor allem dazu berufen, bestehende, aber komplizierte Schuldansprüche mit wenigen Worten klar zu fixieren; „sie dienen deshalb als Einkleidungsform für jede Art von Schuldverpflichtung.“[1])

Diesen Sinn soll die Verwandlung in ein Darlehn auch haben können. Eine Darlehnsverpflichtung entsteht nun aber nicht schon, wenn der Schuldner ein Schuldversprechen abgibt, sondern zum Bestande der Verpflichtung ist auch hier wie bei jedem materiellen Geschäft nötig die Realisierung des Zwecks, die Auszahlung der Valuta an den Schuldner.

Es erscheint daher auf den ersten Blick sonderbar, daß die Verwandlung in ein materielles Darlehn eine abstrakte Schuld begründen soll.

Und solange die Parteien ein wirkliches Darlehn eingehen wollen, solange der Darlehnsschuldschein nur Beweiskraft für die tatsächlich erfolgte Vermögenshingabe hat, solange ist für die Annahme einer abstrakten Verbindlichkeit kein Raum. Aber andrerseits ist zu beachten, daß unter allen materiellen Verträgen das Darlehn den abstrakten Obligationen am nächsten steht.[2]) Man hat ja deshalb Darlehn und Stipulation in der Weise zusammengebracht, daß man sagte,

---

[1]) Engelmann, Bürgerl. Recht S. 217.

[2]) vgl. die Protokolle, Ausz. von Mugdan S. 760.

die Stipulation sei aus dem nexum entstanden und stelle ein fingiertes Darlehn vor. Zugegeben aber auch, dies sei eine unbewiesene Hypothese, so charakterisiert sie doch deutlich die nahe Verwandtschaft von Darlehn und Stipulation. „Das Darlehn hat zu allen Zeiten naturgemäß die Tendenz gehabt, sich zu abstrakten Formalobligationen umzubilden. Von den übrigen materiellen Verträgen ist es schon durch die ausschließliche oder doch überwiegende Richtung auf Geld, als das flüssigste Verkehrsobjekt, unterschieden. Nirgends unterliegt die Schuld so wenig Einflüssen aus dem Akte ihres Ursprungs als beim Darlehn. Diese Eigentümlichkeiten machen es besonders geeignet, Forderungsrechte zu selbständigen Vermögensobjekten zu gestalten und die Lostrennung aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang zu vermitteln."[1] Bedenkt man dann weiter, daß die im römischen Rechte zur Umwandlung materieller Verbindlichkeiten in abstrakte dienende Stipulation nicht rezipiert wurde und daß das gemeine Recht eine eigene Form zu bilden nicht im stande war, vielmehr den Satz allgemeiner Formfreiheit proklamierte, so liegt es nahe genug, einen Ersatz im verwandten Darlehn zu suchen. Zu diesem Zwecke trat neben das reelle Darlehn das „abstrakte". Soll nun eine abstrakte Schuld mittels Darlehnsscheins begründet werden, so ist es klar, daß die Bezeichnung als Darlehn ohne jede weitere Bedeutung sein muß, daß sie nur ein „leerer Schall"[2] sein kann. „Der Darlehnsschuldschein ist in diesem Falle ein abstraktes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten analoge Wirkungen erzeugenden materiellen Rechtsgeschäfte nur den Namen borgt."[2,3] Sagt also jemand: Ich bekenne, daß ich vom Herrn X so und soviel als Darlehn erhalten

---

[1]) vgl. Salpius a. a. O. S. 327.

[2]) Bähr, Anerk. als Verpflichtungsgrund § 62a.

[3]) vgl. auch Protokolle Bd. 5 S. 2586.

habe!, so kann dies mit den Tatsachen übereinstimmen und insofern ist es für unsere jetzige Betrachtung ohne Interesse. Es kann aber in den angeführten Worten die Bedeutung liegen eine abstrakte Verbindlichkeit zu schaffen. Es ist, wie Bähr[1]) richtig bemerkt, eine Unwahrheit, die dabei dem Rechte helfen soll, Fehlendes zu ersetzen. Jedoch hat sich diese Unwahrheit schon so eingebürgert, daß der nicht juristisch Geschulte sie kaum noch als solche empfindet. Aber auch wer sie erkennt, wird kaum deshalb sie nicht gebrauchen. Dann ist der Bestimmungsgrund „nicht in der Absicht angegeben, eine Verpflichtung hiervon abhängig zu machen und nicht zu dem Zweck, den wahren Grund der Schuld zu bezeichnen, sondern als eine Floskel, so daß man sie nicht selten braucht, um den wahren Grund zu verhüllen".[2]) Der Schuldgrund, der auf dem Papier steht, wird gleichgiltig, es kommt dem Aussteller nur auf die Summe an.[3]) Erleichtert wird zudem diese Begründung abstrakter Schulden in Darlehnsform durch die ja häufige Verwechslung von Kredit und Darlehn. Dem Laien ist oft Darlehn die einfache einseitige Verpflichtung des Schuldners und Bähr hat nicht ganz Unrecht, wenn er schreibt: „‚Ich habe so und soviel als Darlehn empfangen' ist in unsrer Urkundensprache ein ganz gewöhnlicher Ausdruck für: ‚ich will so und soviel Geld schuldig sein'."[4]) Dadurch kommt es dann, daß die Darlehnsschuldurkunde im Verkehr schlechtweg zu einem „reinen Schuldschein"[5]) wird.[6])

---

[1]) Bähr, Anerk. als Verpflichtungsgrund S. 278.

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 196.

[3]) vgl. Götz, 8. deutscher Juristentag S. 326: „Wie leicht gleitet die Feder über den Schuldgrund hinweg, mit welcher Besonnenheit schreibt sie die Summe aus! Ja, zuweilen läßt die nicht juristisch gefärbte Feder das Woher ganz außer Acht".

[4]) vgl. Bähr, Anerk. als Verpflichtungsgrund S. 278.

[5]) Im Sinne des § 364 Windscheids Pand. Bd. 2.

[6]) vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 32 Nr. 222.

Das Wort „Darlehn“ oder gar „bar empfangenes Darlehn“ will nach Gesagtem also nichts für den Fall bedeuten, daß die Absicht der Parteien auf Begründung einer abstrakten Schuld geht. Gemeint ist dann lediglich eine Anerkennung der Schuld. Daß diese aber in Darlehnsgewand und unter einem Namen erscheint, der auf ein materielles Geschäft hinweist, kann unmöglich schaden und das Geschäft etwa zum Darlehn machen. Die Schuldverschreibung ist als abstrakte gewollt, als solche wird sie auch behandelt, die Bezeichnung als „Darlehn“ ist unerheblich.

Falsa demonstratio non nocet!

Mit dem Aufkommen dieses „abstrakten Darlehns“, wenn wir es so nennen dürfen, ist aber auch die Notwendigkeit scharfer Abgrenzung zwischen diesem nur dem Namen nach ein Darlehn vorstellenden Vertrage und dem wahren Darlehn erwachsen. Äußerlich wird der Schuldschein, der eine abstrakte Schuld mit Darlehn bezeichnet, kaum anders aussehen als einer, dem ein wirkliches Darlehn zugrunde liegt.

Wo liegt nun aber das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden? Als unbedingtes Erfordernis für das „abstrakte Darlehn“, im gedachten Sinne, ist mit Bähr der Wille, eine abstrakte Schuld zu begründen, aufzustellen. Nur da, wo dieser Wille klar ausgesprochen zutage tritt oder wo er aus den Umständen zu entnehmen ist, kann der Darlehnsschuldschein eine abstrakte Schuld begründen.

Aber nur soweit gehen wir mit Bähr zusammen, als wir sagen, dieser Wille kann bei der Verwandlung einer andern Schuld in eine Darlehnsschuld auftreten, nicht glauben wir, daß bei der Verwandlung dieser Wille auch stets vorhanden ist. Bähr fand mit seiner Lehre Anklang und Unterstützung u. a. bei Hruza.[1]) Dieser stellt die Behauptung auf:

---

[1]) vgl. a. a. O. S. 88.

„daß durch eine solche cautio (nämlich Darlehnskaution) ein Darlehn wirklich begründet werde, sollte nicht mehr behauptet werden" und folgert weiter, daß nicht ex causa mutui sondern ex causa novationis, also abstrakt bei unsrer Verwandlung obligiert werde, weil er annimmt, daß bei der Ulpianschen Doppelfiktion das Darlehn zu einem fiktiven würde, daß Simulation und Dissimulation vorläge und das dissimulierte Geschäft, nämlich die Begründung einer abstrakten Schuld, allein gelte. Dem ist aber nicht beizupflichten; denn nur deshalb, weil etwas fingiert wird, um eine Tatsache zu erklären, wird diese selbst noch nicht fiktiv; eine Simulation und Dissimulation können vorliegen, sie müssen es aber doch nicht. Es kann die Parteiabsicht bei unsrer Vereinbarung auf Begründung einer abstrakten Schuld hinauslaufen, sie muß es nicht.[1])

Es ist vielmehr gerade im Gegenteil anzunehmen, daß der Wille eine abstrakte Schuld an die Stelle einer materiellen zu setzen, den Umweg über die Umwandlung in ein Darlehn verhältnismäßig selten machen wird. Keineswegs aber ist schon deshalb, weil ein Schuldschein vorliegt, in dem der Wahrheit zuwider von einem bar erhaltenen Darlehn die Rede ist, ohne Weiteres die Bährsche Annahme gerechtfertigt, daß darin der abstrakte Verpflichtungswille des Schuldners sich dokumentiere. Aus der Fassung des Umwandlungsvertrages, aus den vorhergehenden Parteiverhandlungen, aus dem Geschäftsverkehr der Parteien, kurz: aus den Begleitumständen wird man jedesmal im einzelnen Falle zu prüfen haben, ob der Wille von der causa zu abstrahieren vorliegt.[2]) Zweifellos dürfte z. B. der nach einer Abrechnung über den Saldo

---

[1]) vgl. v. Schey a. a. O. S. 86 Anm. 11; Planck a. a. O. Bd. 2 Anm. zu § 607.

[2]) Metallogr. Protokolle Bd. 3 S. 1690 ff. (Ausz. von Mugdan S. 760 ff.)

gegebene Darlehnsschuldschein die Qualifikation einer abstrakten Schuldanerkennung im Sinne Bährs haben.

Wir halten also für das neuere Recht Bährs Anschauung von dem Monopol des „abstrakten Darlehns“ für zu weitgehend und sehen uns von einer großen Anzahl Rechtslehrer und Entscheidungen der Praxis unterstützt, die alle die Annahme des abstrakten Darlehns für möglich halten, aber innerhalb der durch den Parteiwillen gezogenen Grenzen.[1])

Ganz zweifellos aber geht Bähr und mit ihm Hruza zu weit, wenn sie behaupten, daß die Konstruktion einer abstrakten Schuld bei der Verwandlung im Sinne des Themas auch schon für das römische Recht die allein mögliche gewesen sei.[2]) Denn wir haben gesehen, daß Ulpians Worte deutlich genug für Annahme eines reellen Darlehns eintreten.[3]) Aber es war auch, ganz abgesehen davon, den Römern gar nicht möglich eine abstrakte Schuld im Darlehn zu finden. Wollte jemand in Rom seinen Schuldner strenger, abstrakt, verpflichten, so stand ihm ja das Mittel der Stipulation zur Verfügung. Dem an die Formenstrenge seines Rechts gewöhnten Römer, der da wußte, daß es für jedes Geschäft bestimmte starre Formen gab, wäre es gar nicht in den Sinn gekommen, eine abstrakte Schuld auf einmal dadurch zu begründen, daß er das, was er aus einem andern Grunde schuldete, fürder als Darlehn zu schulden versprach. Ulpian dachte gar nicht daran, eine neue Form der abstrakten Schuldverpflichtung zu schaffen.

---

[1]) vgl. die Ausführungen Martins a. a. O. S. 16 ff.; Klemperer a. a. O. S. 568 ff.; Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 318 Anm. 3, § 354 Anm. 2, § 364 Anm. 3; Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 94 ff.; vgl. auch die Literatur S. 31; — gleicher Meinung mit Bähr aber Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 293 ff.

[2]) Bähr, Jher. Jahrb. II S. 424; Hruza a. a. O. S. 88.

[3]) vgl. oben S. 20, 21.

Das spätere Recht hat dagegen aus den oben entwickelten Gründen die Entstehung einer abstrakten Schuld durch unsere Verabredung ermöglicht. Dies gilt zweifellos für das gemeine Recht, das in Theorie und Praxis das von Bähr zuerst verfochtene „abstrakte Darlehn" adoptiert hat, meist jedoch nicht in der von Bähr geforderten Ausschließlichkeit, sondern unter Anerkennung auch andrer Möglichkeiten.[1])

Auch für das preußische Recht ist der Standpunkt mit Recht vertreten worden, daß die Verwandlung einer andern Schuld in eine Darlehnsschuld die Begründung einer abstrakten Schuld bedeuten kann. Allerdings hat aber hier die Gültigkeit des abstrakten Versprechens im Darlehnsgewande ebenso wie die Begründung einer materiellen Darlehnsschuld durch unsre Vereinbarung Gegner gefunden, die sich auch hier wieder namentlich auf §§ 866 ff. A.L.R. I, 11 stützen.[2]) Was gegen die enge Auffassung des § 807 insbesondere zu sagen ist, ist bereits oben gesagt.[3]) Im weiteren ist aber für das preußische Recht allerdings auch die Verbindlichkeit abstrakter Verträge überhaupt bestritten.[4]) Wenn man nun auch wird zugeben müssen, daß im A.L.R. ausdrücklich nirgends die Verbindlichkeit abstrakter Verpflichtungen bestimmt ist, so finden

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 318 Anm. 3, § 354 Anm. 2, § 364 Anm. 3, § 412a; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 294 ff.; Unger in Jher. Jahrb. VIII S. 185 ff.; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 516, 1; Buhl a. a. O. S. 60; Bekker a. a. O. S. 277; Salpius a. a. O. S. 501; Seufferts Archiv 21 Nr. 119, 120; 28 Nr. 126; 32 Nr. 220, 222; 17 Nr. 236; Klemperer a. a. O. S. 571 ff.; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 503; Bd. 3 S. 487; Bd. 5 S. 116 ff. u. a. m.

[2]) so Förster-Eccius a. a. O. (4. Aufl.) Bd. 1 S. 710 und 495; R.G. Bd. 10 S. 237; Gruchot, Beitr. Bd. 27, S. 921; R.G. Bd. 39 S. 202.

[3]) s. S. 21.

[4]) Förster-Eccius a. a. O. Bd. 1 S. 495, 223.

sich doch eine solche Menge von Einzelbestimmungen, welche die Rechtswirksamkeit des Anerkennungsvertrages in bezug auf eine bestehende Schuld und die Abstraktion von der causa debendi statuieren,[1]) daß man zu dem Schlusse kommt, daß der abstrakte Vertrag auch im preußischen System einen Platz hat, zumal ja das Gegenteil nirgends im Gesetz gesagt ist.[2]) Wenn dem so ist und andrerseits § 867 A.L.R. I, 11 in der von uns dargelegten Weise ausgelegt wird, so wird man nicht umhin können anzuerkennen, daß wie im gemeinen Recht so auch im preußischen die Verabredung im Sinne unseres Themas eine abstrakte Schuld zu begründen vermag. So auch verschiedentlich die preußische Theorie und Praxis.[3])

Was das B.G.B. angeht, so sei zunächst darauf hingewiesen, daß es die Verbindlichkeit abstrakter Schuldversprechen nach dem Vorgange des gemeinen Rechts anerkennt. §§ 780 und 781 sagen dem „Vertrage, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen)“ bezw. dem „Vertrage, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis)“, Gültigkeit zu. Beide Paragraphen erfordern aber im Gegensatz zum gemeinen Recht für den Vertrag Schriftlichkeit. Die Frage würde also heute lauten, ob die Erklärung des Schuldners, eine Schuld fürder als Darlehn zu schulden, als ein solches abstraktes Versprechen im Sinne der §§ 780 ff. B.G.B. gelten könne.

---

[1]) z. B. A.L.R. I, 9 § 564; 11, § 412; 4 § 400; 5, § 132.

[2]) so: Rocholl a. a. O. Bd. 1 S. 257 ff.; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 15.

[3]) Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 300 ff.; Klemperer a. a. O. S. 573 ff.; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 5 S. 253 ff. bes. 259 S. 428; Striethorst, Archiv Bd. 84 S. 250; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 15 S. 37 bes. Anm. 10. — Koch, Preuß. Landrecht Anm. zu I, 11 § 867.

Dies ist unbedenklich zu bejahen. Es ist bereits erwähnt, daß § 607 Abs. 2 lediglich die Zulässigkeit der Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden anerkennt, daß er aber nichts zur Erklärung dieses Verwandlungsvorganges oder über die Natur des entstandenen Darlehns sagt. Es muß demnach nach wie vor Auslegungsfrage sein, ob der Wille der Parteien eine abstrakte Schuld mit unsrer Vereinbarung bezweckt. Die Möglichkeit dazu ist durch den Wortlaut des § 607 Abs. 2 nicht benommen. Während es aber früher angängig, wenn auch vielleicht nicht häufig war,[1]) die Entstehung einer abstrakten Schuld auch bei nur infolge mündlicher Vereinbarung sich vollziehender Verwandlung anzunehmen, ist dies heute in Hinblick auf §§ 780, 781 B.G.B. unmöglich. Von dem in diesen Paragraphen niedergelegten Prinzip der Schriftlichkeit statuiert nun § 607 Abs. 2 nicht etwa eine Ausnahme. Wäre das der Fall, so wäre es ja möglich jedes abstrakte Versprechen durch Aufnahme des Wortes „Darlehn" vom Erfordernis der Schriftform zu befreien, dieses selbst damit illusorisch machend.[2]) Gewiß verlangt § 607 Abs. 2 auch nicht ausdrücklich Schriftform, da er ja aber zu der Natur des entstandenen Darlehns überhaupt nicht Stellung nimmt und nehmen will, so kann er schlechterdings auch nicht eine Form verschreiben, die uns sofort die Möglichkeit einer andern Konstruktion als der einen abstrakten Schuld nehmen oder wenigstens erschweren würde.

Darnach sagen wir: Der über ein Darlehn auf Grund der Vereinbarung der Parteien eine Schuld in ein Darlehn zu verwandeln vom Schuldner ausgestellte Schuldschein kann auch nach heutigem Recht eine Anerkennung im Sinne Bährs

---

[1]) vgl. Hruza a. a. O. S. 91; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 37.

[2]) vgl. Planck a. a. O. zu § 607.

bilden. Er muß es aber nicht. Die mündliche Verabredung der Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden kann eine abstrakte Schuld dagegen nicht mehr begründen.[1])

§ 5.

c) Die Konstruktion einer bloß modifizierten, sonst bestehen bleibenden Schuld.

Die Vereinbarung eine bestehende Schuld in eine Darlehnsschuld zu verwandeln, kann schließlich noch einen letzten Sinn haben, den nämlich, daß sich eigentlich die Schuld gar nicht verwandeln soll, daß vielmehr mit ihr nur eine Änderung vorgenommen werden, daß also die alte Schuld — nur in gewisser Hinsicht modifiziert — weiter bestehen soll.[2])

Um die Frage nach der Zulässigkeit dieser Annahme zu beantworten, ist es nötig, vorerst zu untersuchen, inwieweit denn überhaupt Abänderungen bestehender Obligationen vom Rechte anerkannt sind.

Wenn überhaupt die Obligation einer Um- oder Fortbildung fähig ist, so trifft dies in bezug auf die Subjekte oder auf den Inhalt bezw. den Gegenstand derselben zu.

Beiden Möglichkeiten stand das römische Recht gleich schroff entgegen.

Die römische Obligation ist ein iuris vinculum,[3]) das den ganz bestimmten Schuldner mit dem ebenso bestimmten

---

[1]) Ähnlich: Planck a. a. O. Anm. zu § 607; Kuhlenbeck a. a. O. zu § 607; Enneccerus a. a. O. S. 664, 782; Martin a. a. O. S. 24 (Schlußbemerkung); Klemperer a. a. O. S. 578; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 206, Teil 1 S. 270; Siméon a. a. O. S. Bd. 1 S. 415; Neumann a. a. O. Anm. zu § 607 Abs. 2 in Verbindung mit der zu § 781; Protokolle (Achilles, Gebhardt, Spahn) Bd. 2 S. 42.

[2]) vgl. Martin a. a. O. S. 32 ff.

[3]) pr. I de. obl. 313.

Gläubiger verbindet und von dem sich keiner der beiden lösen kann. Wollten gleichwohl die Parteien einen Gläubiger- oder einen Schuldnerwechsel herbeiführen, so mußte das alte Schuldverhältnis im Wege der Novation zerstört und zugleich ein neues begründet werden. Einen Gläubigerwechsel ohne Aufhebung und Neubegründung des ganzen Schuldverhältnisses, die Zession in unsrem Sinne, hat das römische Recht so recht eigentlich nie gekannt.

Der procurator in rem suam, den das Civilrecht schuf, stand nur an Gläubigers Stelle, für den er — wenigstens formell — die Forderung einzog. Und auch als dem Zessionar die actio utilis vom Prätor zugestanden war, blieb eigentlicher Gläubiger immer der Zedent, dem Zessionar stand nur das eigne Recht zu die Forderung auszuüben. Das römische Recht kannte die Übertragung des Forderungsrechtes auf einen neuen Gläubiger unter Aufrechterhaltung der Obligation nicht.[1])

Der Wechsel auf der Schuldnerseite, die Schuldübernahme ohne Novation, ist den Römern zweifellos unbekannt geblieben.[2])[3])

---

[1]) l. 25 § 2 D. de usufructu 7, 1; Gaius, Inst. II § 38 (. . sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris . . quae dicitur novatio obligationis . .); vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 329; Enneccerus a. a. O. S. 542; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. § 64 S. 379; Sohm dagegen (vgl. a. a. O. S. 407 ff.) nimmt auch für das römische Recht schon wahre Zession an.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 134; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. § 65 S. 381.

[3]) v. Blume a. a. O. S. 78 ff. glaubt nachweisen zu können, „daß schon den Römern die Singularsukzession in die Schuldnerstellung kein juristisch unmöglicher Gedanke" (S. 89) gewesen sei. Aber er muß selbst zugeben, daß die Römer an der Passivnovation festgehalten haben und daß die durch formlosen Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner bewirkte Sondernachfolge in die Schuld ein Produkt des heutigen Rechts ist (S. 84, 85).

Aber auch die Abänderung dem Inhalte nach war dem römischen Rechte fremd. Wie das römische Recht dem Grundsatz der Typengeschlossenheit seiner Verträge folgend den Parteiwillen seinen Formen unterjochte, so daß das, was die Parteien wollten in den Rahmen eines ganz bestimmten Vertrages hineingepaßt werden mußte, so erkannte es Modifikationen des einmal geschlossenen Vertrages nicht an. „Die römische Obligation war ein unveränderlicher Typus; der Begründungsakt gab ihr dauernd allein die Norm.“[1]) Selbst bei den bonae fidei iudiciis ließ deshalb das römische Recht abändernde Nachverträge nicht zu.[2]) Und sollte dennoch Inhalt oder Gegenstand der Obligation sich ändern, so war wiederum nur Novation möglich, damit also bloße Abänderung durch pacta adiecta nicht statthaft, sondern „Umprägung und Neubegründung der Obligation durch Novation“[3]) erforderlich.

Das alles hat sich in den modernen Rechten geändert.

Schon dem älteren deutschen Recht ist die Auffassung des Römers von der Obligation als eines iuris vinculum, als eines Bandes von Person zu Person, unbekannt, oder besser: bald wieder verloren gegangen. Das deutsche Recht betont nicht so sehr die persönliche Bindung in der Obligation, als vielmehr das materielle sachliche Leistungsmoment. Das deutsche Recht „fordert zwar eine Person überhaupt, aber es legt kein Gewicht auf die Individualität und nimmt daher an einem Wechsel der Person keinen Anstoß“.[4]) Forderung wie Schuld sind daher übertragbar; die Forderung allerdings zunächst nur mit Zustimmung des Schuldners. Ja, noch

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 133.

[2]) l. 7 § 5 D. de pactis 2, 14.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 133.

[4]) Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. §. 45 S. 359.

mehr: In den Orderpapieren und in den Inhaberpapieren schafft das deutsche Mittelalter sogar Schuldverhältnisse, bei denen der Gläubiger zunächst überhaupt unbestimmt bleibt und ohne jede Beziehung zu einer Person knüpft sich weiter wie Forderung so Schuld an den Besitz eines Grundstücks.[1] Diese Grundsätze sind vom gemeinen Recht aufgegriffen worden und auch ins B.G.B. übergegangen. Wir kennen daher heute einen Wechsel der Obligationssubjekte — sei es Gläubigers, sei es Schuldners — bei Aufrechterhaltung der Obligation in Form der Singularsukzession in Forderung oder Schuld ohne Novation (§§ 398, 414 B.G.B.).

Zudem ist heute die Typengeschlossenheit der römischen Verträge beseitigt. Der Parteiwillen braucht sich nicht mehr in enge Formen einzuzwängen, um vor dem Rechte Geltung zu haben; es ist schon im gemeinen Rechte, noch viel mehr im B.G.B. die Formenfreiheit der Verträge Prinzip geworden.[2] Ist nun die Obligation schon im Stadium des Entstehens von einzwängendem Formalismus befreit und braucht sie von vornherein schon nicht mehr den Tatbestand eines bestimmten Kontraktgebildes ängstlich zu erfüllen, ist sie von „Form und Schablone“[3]) erlöst schon im Werden, so muß es dem Willen der Parteien, der demnach — allerdings mit Einschränkungen — der allein schaffende Faktor ist, auch gestattet sein, das von ihm geschaffene Geschäft abzuändern durch formlose Nachverträge. Hatte der Wille bei Schaffung der Obligation Spielraum, so muß er auch weiter alle Fäden in seiner Hand haben. Die Beweglichkeit und Entwicklungsfähigkeit der Obligation ist damit hergestellt, so daß auch hinsichtlich des Gegenstandes und des Inhalts die Schuld sich ändern

---

[1]) Gierke, Enzykl. S. 523.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 20; Engelmann S. 110ff.

[3]) Kohler a. a. O. S. 638.

kann, ohne daß darunter die Identität der Schuld etwa zu leiden brauchte. Wenn die Parteien nach Vertragsabschluß für den im Vertrage vorgesehenen Ort A nunmehr den Ort B als Leistungsort wünschen, so brauchen sie nicht mehr das ganze Schuldverhältnis über den Haufen zu werfen wie im römischen Recht. Es besteht die alte Schuld fraglos in einem solchen Falle weiter, gleichviel ob die Parteien das Wo, Wann und Wie der Leistung ändern. Auch dann, wenn zusätzliche Zinsabmachungen dem Vertrage nachfolgen, handle es sich nun um Einführung der Zinspflicht oder umgekehrt um Zinserlaß, oder handle es sich um nachträgliche Festsetzung, oder um nachträgliches Heraufschrauben oder Vermindern des Zinsfußes, oder wenn nachträglich Verabredungen über die Sicherung getroffen werden, wird man heute zunächst an bloße Abänderung des Inhalts der Obligation ohne Aufhebung der alten und Neubegründung auf veränderter Grundlage zu denken haben. Fraglos erscheint es auch zulässig, den Gegenstand der Schuld zu ändern, ohne auch hier gleich zur Novation greifen zu müssen. Es muß unbedenklich sein, die Erhöhung und Verminderung der Leistung dem Begriffe bloßer Abänderung des Vertrages dem Inhalte nach anzureihen,[1]) nichts anderes kann für die ganze Ausschaltung des bisherigen Schuldgegenstandes und seinen Ersatz durch einen neuen gelten.[2])

Es ist damit das Recht auf seinem Entwicklungsgange ausgehend von dem römischen Grundsatz, daß jede Veränderung auch hinsichtlich des Inhalts nur durch Novation erfolgen könne, heute zu dem entgegengesetzten Standpunkt gelangt: „Vertragsmäßige Änderungen des Schuldverhältnisses irgend welcher Art sind nicht als Neubegründungen zu betrachten.“[3]) Dies

---

[1]) Rehbein, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 151 Nr. II.

[2]) vgl. Enneccerus a. a. O. S. 501 Anm. 4.

[3]) Fischer-Henle a. a. O. Vorbemerkung vor § 362.

gilt gleicherweise für das gemeine wie preußische und heutige Recht.[1])

Glauben wir so dargetan zu haben, daß im Gegensatz zum römischen Rechte das moderne Recht dem Parteiwillen die Kraft verleiht, weitreichende Änderungen mit der Obligation in bezug auf ihre Subjekte wie auf ihren Inhalt und Gegenstand vorzunehmen, und zwar im Rahmen einfacher Abänderung ohne jede Aufhebung der Identität und ohne Um- und Neuschaffung, so wollen wir im folgenden darzustellen versuchen, wie man auch die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld unter den Begriff eines bloß abändernden Nachvertrags bringen kann.

Für das preußische Recht besteht diese Möglichkeit ja zweifellos. Das kann im Hinblick auf die klaren Bestimmungen des Gesetzes[2]) nicht bestritten werden. Aber ebenso klar wie das A.L.R. die Verwandlung andrer Schulden in Darlehnsschulden zu jenen abändernden Zusatzverträgen zählt oder besser wie es die Möglichkeit dazu ausdrücklich aufstellt, ebenso eng zieht es die Grenzen. Dieselben Bestimmungen, die uns in den Stand setzen die Verwandlung als Abänderung aufzufassen und zu behandeln, besagen im weiteren: „Nur in Ansehung der von dem Rückstande zu entrichtenden Zinsen finden eben die Vorschriften wie bei eigentlichen Darlehnen Anwendung".[3]) Mag die Praxis nun auch etwas weiter gegangen sein und die Darlehnsvorschriften nicht blos auf die Zinsen des Rückstandes angewandt haben, sondern auch manche andere durch unsre Vereinbarung hervorgerufene darlehnsartige Veränderung an der Obligation unter die

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 133 ff.; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 328 ff.; Brinz, Pand. Bd. 2 S. 244 ff; Enneccerus a. a. O. S. 500 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 269 unter II.

[2]) A.L.R. I, 11 §§ 867 ff.

[3]) A.L.R. I, 11 § 868.

Grundsätze des Darlehns gestellt haben,[1]) stets bleibt diese Verwandlung in ein Darlehn eine bloße Abänderung bestehenbleibender Schulden in Nebenpunkten. Diese Verwandlung bedeutet nicht die Begründung eines wirklichen Darlehns, auch nicht die Schaffung abstrakter Schuld, sondern für das preußische Recht ist es mit Rücksicht auf § 868 klar, daß es sich bei dieser Verwandlung um die Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses und seines Schuldgrundes unter Modifizierung des Schuldverhältnisses handelt, indem bestimmte nebensächliche Punkte unter Darlehnsrecht fallen. Von einer Abänderung in dem Sinne, daß der Schuldgrund des Darlehns nunmehr an die Stelle des alten Schuldgrundes treten solle, kann keine Rede sein. Für das preußische Recht ist die Verwandlung in ein Darlehn, sofern nicht wirkliches Darlehn oder abstrakte Schuld gewollt ist,[2]) einfache Kreditverlängerung und -modifikation. Damit konnten wohl Erfüllungsmodalitäten sich ändern, es konnten bzgl. Zins, Pfand und Bürgschaft Darlehnsrecht in Anwendung kommen, aber der Schuldgrund blieb der alte. Die Schuld ward nach preußischem Recht jedenfalls keine Darlehnsschuld, ihr rechtlicher Charakter blieb der alte.[3])

Weder das gemeine noch das heutige Recht haben eine der Vorschrift des A.L.R. I, 11 § 868 analoge einschnürende Bestimmung. Trotzdem möchten wir aber auch für diese Rechte nicht so weit gehen, von einer Änderung des Schuldgrundes und damit des Schuldverhältnisses „durch Substituierung des Schuldgrundes des Darlehns“ [4]) zu sprechen.

---

[1]) Gruchot, Beiträge Bd. 27 S. 921.

[2]) vgl. oben S. 19 und 24.

[3]) So Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 15 Anm. 14; Koch, Preuß. Privatrecht Anm. zu I, 11 § 867; Förster-Eccius a. a. O. (5. Aufl.) S. 623 Anm. 10; Gruchots Beiträge Bd. 35 S. 1197; Bd. 36 S. 688, Bd. 27 S. 921.

[4]) v. Staudinger a. a. O. zu § 607 S. 401.

Wir setzen uns mit dieser Ansicht in Widerspruch zu einer namentlich für das B.G.B. verfochtenen Theorie.[1]) So sagt Martin: „Gemäß dem Grundsatze der vollen Vertrags- und Formfreiheit, bei der Veränderlichkeit der Obligation und mit Rücksicht darauf, daß die Grenzen zwischen den Obligationsformen flüssige sind und eine in die andere übergreift, muß auch ein Vertrag zugelassen werden, der einer Schuld den Charakter eines andren Schuldverhältnisses aufdrückt,"[2]) und weiterhin erklärt er, daß auch bei der bloßen Abänderung der fortbestehenden Schuld die Verwandlung eine wahre Darlehnsschuld hervorbringe.[3]) Das geht aber m. E. zu weit und heißt die Beweglichkeit und Fortbildungsfähigkeit der Obligation überschätzen. Das, was Martin hier der bloßen Abänderung zurechnet, Ersatz eines Schuldgrundes durch einen andren, ist keine bloße Abänderung mehr. Bei jeder Änderung bleibt doch die Identität der Schuld stets gewahrt und das ist m. E. unmöglich, wenn die Schuld auf einmal auf eine ganz andre Grundlage gestellt wird. Aus der Kaufschuld soll eine Darlehnsschuld werden. Ja, das sind doch zwei ganz verschiedene Dinge, die niemals identisch sein können. Was ist denn an der Schuld identisch geblieben? Die Subjekte, weiter auch nichts, höchstens noch der geschuldete Gegenstand und ein paar ganz belanglose Erfüllungsmodalitäten. Und sehr oft werden auch die noch geändert. Wie man aber geradezu sagen kann: „Die Änderungen, die infolge (dieser) Verwandlung eintreten, sind nicht allzu groß,"[4]) ist überhaupt nicht erfindlich. Diese

---

[1]) Fischer-Henle (3. und folg. Aufl.) Anm. zu § 607; Martin a. a. O. S. 56ff.; Enneccerus a. a. O. S. 663; Kuhlenbeck a. a. O. zu § 607; v. Staudinger a. a. O. zu § 607.

[2]) a. a. O. S. 56.

[3]) a. a. O. S. 61.

[4]) Martin a. a. O. S. 56,

„Abänderung" der Obligation durch Vertauschen des Schuldgrundes und Neubegründung auf einer andren untergeschobenen Grundlage kann eventuell die formlose Novation des heutigen Rechts sein, ist aber keine bloße Abänderung mehr.[1]) Die Abänderung kann niemals die Kraft haben, den einen Schuldgrund durch einen neuen zu ersetzen.[2]) Aber wollte man schließlich auch die Möglichkeit anerkennen, durch solchen abändernden Vertrag dem Schuldverhältnis einen neuen Schuldgrund unterzuschieben und die Schuld so ohne Novation auf eine neue Basis zu stellen, so ist es m. E. unmöglich auf diesem Wege zur Annahme eines wirklichen Darlehns zu gelangen, solange man wenigstens daran festhält, daß das Darlehn ein Realvertrag ist. Denn wo bleibt die res in diesem Falle? Durch bloßes Reden und Paktieren der Parteien wird doch die zum Begriff des Darlehns nun einmal erforderliche res nicht ersetzt. Nur mit Mühe hat Ulpian und auf dem Umwege einer doppelten Fiktion die Realkontraktsnatur des Darlehns zu wahren gewußt. Die oben bekämpfte Theorie nimmt sich erst gar nicht die Mühe eine res in ihrer Verwandlung zu einem wirklichen Darlehn nachzuweisen oder, was sie als res anspricht, ist keine res.[3]) Will man die Begründung eines realen Darlehns in der Verabredung unseres Themas sehen, so kann man dies nur deuten dadurch, daß man eben die Zahlung und Rückzahlung als geschehen fingiert. Die bloße nackte Vereinbarung an sich enthält die res nicht. Die Realvertragsnatur des Darlehns ist daher der Fels, an dem die Theorie scheitern muß, die mit der bloßen abändernden Verabredung über den Schuldgrund und

---

[1]) vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 169 Anm. 5.

[2]) So auch: Koch, Preuß. Privatrecht zu § 867 (A.L.R. I, 11); Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271 Anm. 1; Rehbein, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 151.

[3]) vgl. die Theorie Endemanns usw. oben S. 22.

mit dem Ersatz des alten Schuldgrundes durch den des Darlehns, sofern dies überhaupt möglich wäre, ein Darlehn, ein wirkliches Darlehn, begründen will.

In diesem ihren letzten kühnen Schluß können wir der erwähnten Theorie also nicht beipflichten. Aber wir müssen ohne weiteres zugeben, daß auch durch die bloße Verabredung der Parteien, der Schuldner solle eine bestehende Schuld als eine Darlehnsschuld weiter schulden — unbeschadet eines eventuell darin liegenden Anerkenntnisses —, eine Schuld entsteht, die, vorausgesetzt, daß im übrigen alle Voraussetzungen des Darlehns vorliegen, ganz wie ein Darlehn zu behandeln ist. Fraglos zulässig scheint es, daß die Parteien ein Schuldverhältnis mit den Rechtsfolgen des Darlehns umkleiden und daß sie über die künftige rechtliche Behandlung der Schuld „abändernde Bestimmnngen treffen, die an die Stelle der bisher kraft Gesetzes dem Schuldverhältnisse nach seinem Entstehungsgrunde anhaftenden rechtlichen Eigenschaften treten sollen".[1]) Aber man muß sich dabei vor Augen halten, daß dadurch der rechtliche Charakter der Schuld nicht tangiert wird, daß die Schuld deshalb ihre rechtliche Qualifikation nicht ändert, nicht zum Darlehn wird. Es greifen lediglich an Stelle der Vorschriften, die eigentlich auf die Schuld ihrem Charakter nach Anwendung finden müßten, die des Darlehns Platz. Es handelt sich um ein Fortleben der alten Schuld nach Darlehnsgrundsätzen. Daß man sie nun als Darlehn bezeichnet und von einer Verwandlung in ein Darlehn spricht, ist lediglich eine „figürliche Redensart",[2]) die nicht mehr und nicht weniger zu bedeuten hat als wie in dem Falle, wo die Parteien mit ihre „Verwandlung in ein Darlehn" eine Anerkennung verbinden wollen.

---

[1]) vgl. Martin a. a. O. S. 34.

[2]) Förster-Eccius a. a. O. Bd. 1 S. 710.

Gegen die Zulässigkeit solcher abändernder Vereinbarungen in Gestalt der „Verwandlung in ein Darlehn" ist weder vom Standpunkt des gemeinen noch des heutigen Rechts in Hinblick auf die bestehende Formlosigkeit und die sonstige Veränderlichkeit der Obligation ein Bedenken zu erheben, auch nicht erhoben worden, solange man in dieser Veränderung nicht eben die Begründung eines wahren Darlehns gesucht hat.[1])

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271 Anm. 1; Klemperer a. a. O. S. 578; Rehbein, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 151; Planck a. a. O. zu § 607 II.

III. Wirkungen und Voraussetzungen der Verwandlung.

a) Alte und neue Schuld.

§ 6.

Novation.

Zunächst wollen wir das Verhältnis zwischen alter und neuer Schuld beleuchten. Dies Verhältnis ist ein verschiednes, je nachdem wir die Begründung eines materiellen Darlehns, einer abstrakten Schuld oder einer bloßen Veränderung der Schuld annehmen. Die neu erstandne „Darlehnsschuld" wird die frühere entweder ganz vernichten oder stützend neben sie treten oder endlich mit ihr überhaupt identisch sein. Auch die Vernichtung der alten Obligation erfolgt wieder auf verschiednen Wegen; es kann Novation vorliegen oder nicht.

„Novation ist Vernichtung einer Obligation mittelst Umwandlung in einen Formalakt." [1] [2] Daraus folgt einmal, daß bei der Novation nicht zwei verschiedne Handlungen stattfinden oder auch nur zwei verschiedne Wirkungen vorliegen; die Novation hat vielmehr nur einen einzigen Erfolg, der sich allerdings nach zwei Seiten hin äußert, weil er dadurch, daß er zerstört, zugleich auch schafft. Aus der Definition Savignys folgt weiter, daß die neue „auf dasselbe Ziel

---

[1] vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. 6 S. 25.
[2] l. 1 D. de novat. 46,2.

gerichtet“ [1]) ist wie die alte, daß sich also der Vorgang wirtschaftlich als Umwandlung darstellt. [2])

Die Novation setzt eine alte Obligation voraus, [3]) auch solche Obligationen sind zur Novation geeignet, die bloß natural sind [4]) oder denen Einreden entgegenstehen; [5]) ja gerade um solchen Forderungen rechtliche Kraft zu verleihen, wird die Novation besonders häufig angewandt. Es muß weiterhin durch die Novation eine neue Obligation entstehen [6]) und endlich nach einer Verordnung Justinians der animus novandi, d. h. die Absicht obwalten, an die Stelle der alten die neue Obligation zu setzen. [7]) Fehlt dieser animus novandi, so kommt keine Novation zustande; es bestehen dann vielmehr alte und neue Schuld neben einander fort. Je nachdem nun der animus novandi, vorliegt oder nicht, unterscheidet man das novatorisch und das akzessorisch wirkende abstrakte Versprechen. [8])

Das Mittel der Novation ist wie immer bei Begründung abstrakter Verträge in Rom die stipulatio. [9]) Weil diese in Rom dazu unentbehrlich war, hat man behauptet, daß nach dem Wegfall der Stipulation im gemeinen Recht für die Novation nicht mehr viel Platz sei. [10]) Das ist aber nicht

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 164.

[2]) So spricht Römer (a. a. O. S. 1) von der neuen Obligation als einer „neuen Form für einen bereits vorhandenen Inhalt“ und von beiden Obligationen als „zwei Obligationen, welche wirtschaftlich genau denselben Wert repräsentieren“.

[3]) l. 1 u. l. 2 D. de novat. 46,2.

[4]) l. 1 § 1 D. de novat. 46,2.

[5]) Salkowski a. a. O. S. 392 ff.; Hruza a. a. O. S. 42.

[6]) vgl. die Definition l. 1 D. 46,2: „ . . . in aliam obligationem.

[7]) l. 8 C. de nov. et deleg. VIII, 41.

[8]) Näheres darüber s. unten S. 53 ff.

[9]) vgl. Salkowski a. a. O. S. 40, 89 ff.; v. Salpius a. a. O. S. 146 ff.; Fein a. a. O. S. 45.

[10]) vgl. Gneist a. a. O. S. 225 u. 229; Keller, Pand. Bd. 1. S. 594; Kniep a. a. O. S. 144; Koch, Übergang der Ford.-R. S. 286 u. Kommentar zu A.L.R. I, 16 § 450 ff.

richtig. Es handelt sich bei der Novation um einen Formalakt,[1]) der die frühere Obligation in ein abstraktes Gewand hüllt. „Die novierende Obligation muß also einesteils bloß eine neue Form für die bestehende Schuld bilden, und andernteils muß sie fähig sein, jeden beliebigen Inhalt in sich aufzunehmen."[2]) Dazu stand den Römern als das geeignetste Mittel die Stipulation zur Verfügung. Aber dadurch wird die Stipulation nichts dem Novationsbegriffe Wesentliches. „Die novatio erfordert lediglich eine Form, welche den Inhalt selbst nicht affiziert, eine Geschäftsform, welche eben bloß Form und daher für die Aufnahme eines jeden obligatorischen Inhalts geeignet ist." [3]) Diesen Vorzug besitzt nicht bloß die Stipulation. Wenn gleichwohl die Römer zur Novation die Stipulation fordern, so ist das lediglich eine Vorschrift positiven Rechtens, gesetzt nicht deshalb, weil etwa das pactum nudum dem Novationszweck nicht hätte dienen können, sondern deshalb, weil sie überhaupt „die regelmäßige Form des obligatorischen Vertrags im römischen Recht" [4]) ist. Wäre das römische Recht nicht überhaupt formlosen Verpflichtungen und Beredungen mit so großer Abneigung entgegengetreten, es hätte nichts gehindert, das pactum nudum die Funktionen der Stipulation versehen zu lassen. Zwischen der stipulatio debiti und dem constitutum debiti bildete allein „die Form eine Grenze" [5]) und das constitutum ist nach v. Blume [6]) ein prätorisches Seitenstück zur stipulatio debiti, das so gut wie diese dem Novationszwecke zu dienen geeignet

---

[1]) vgl. die Definition v. Savignys a. a. O. (s. o. S. 45).

[2]) Salkowski a. a. O. S. 89.

[3]) Römer a. a. O. S. 5.

[4]) Römer a. a. O. S. 5.

[5]) v. Blume a. a. O. S. 68.

[6]) ebenda.

ist. Wenn nun das gemeine Recht diese Form — die Stipulation —, die ja beim Ausgange des römischen Rechts von ihrer ursprünglichen formalen Strenge sehr viel verloren hatte und herabgesunken war zu einer schriftlichen Urkunde, nicht rezipierte, so lehnte es damit eben die Form, nicht das ganze Geschäft ab. Was dem Begriff der Novation wesentlich war, lebte auch im gemeinen Recht fort. Wesentlich aber ist, daß der Schuldner seine Verpflichtung zum Leisten in ein abstraktes einseitig bindendes Versprechen kleidet. Dazu kann sehr wohl der formlose Vertrag des heutigen Rechts dienen.

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts hält deshalb an dem Institut der Novation, dessen Form wohl zerfallen ist, dessen Inhalt aber sich frisch und lebendig erhalten und die Rezeption überdauert hat, mit Recht fest.[1]) Zahlreicher als im gemeinen Recht sind die Gegner der Novation im preußischen Recht.[2]) Daß sie aber auch hier anerkannt werden muß, geht m. E. außer aus den erörterten allgemeinen Gründen auch aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst hervor. Die Novation, wie sie A.L.R. I, 16, §§ 450 ff. lehrt, ist durchaus die gemeinrechtliche Novation[3]) und nicht blos „ein nur nominell aufgenommenes Institut, dessen Bestimmungen wesenslos" wären.[4])

Das B.G.B. erwähnt nun zwar im Gegensatz zum

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 164 ff.; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. § 66c; Römer a. a. O. S. 5 u. 341 ff.; Sintenis a. a. O. Bd. 2 § 105 Nr. 2; Arndts, Pand. § 268 Anm. 2; Hruza a. a. O. S. 40 ff.; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 260 ff.; Windscheid a. a. O. § 353.

[2]) Wolf a. a. O.; Förster-Eccius a. a. O. Bd. 1 § 97; Koch zu A.L.R. I, 16 § 450 ff.

[3]) wie selbst Förster-Eccius (a. a. O. Bd. 1 S. 712) anerkennen muß.

[4]) vgl. die Anm. zu A.L.R. I, 16 § 450 von Koch.

A.L.R. überhaupt nicht die Novation und aus § 364 Abs. 2[1]) wäre man eher geneigt, das Verschwinden der Novation aus dem heutigen Rechtssysteme als ihr Fortleben zu folgern. Es fehlt denn auch nicht an Stimmen, die für unser heutiges Recht die Novation nicht mehr gelten lassen wollen.[2]) Aber im allgemeinen wird man doch in Hinblick auf die Vertragsfreiheit des heutigen Rechts[3]) den Parteien die Novationsmöglichkeit nicht nehmen dürfen. Wenn auch das Bedürfnis der Praxis, eine Novation vorzunehmen, deshalb nicht mehr ein so reges wie in Rom sein dürfte, weil damals jede einzelne unbedeutende Veränderung des Gläubiger- oder Schuldnerrechts in der Obligation nur durch Novation erfolgen konnte, heute dagegen prinzipiell dies sehr wohl durch einfache Abänderung geschehen kann, so ist dennoch das Fortbestehen der Novation zweifellos.[4])

§ 7.

Das Verhältnis zwischen alter und neuer Schuld.

Man hat oftmals[5]) die Verwandlung andrer Schulden in Darlehnsschulden in einen Topf mit der Novation geworfen

---

[1]) § 364 Abs. 2 B.G.B. besagt: Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Zahlungsstatt übernimmt.

[2]) z. B. Fischer-Henle a. a. O. Vorbemerkung vor § 362.

[3]) So Neumann a. a. O. zu § 364; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Teil 1 S. 271.

[4]) So Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 270; Engelmann, Bürgerl. Recht S. 283; Endemann, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 636; Rehbein, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 297; Neumann a. a. O. zu § 364; Siméon a. a. O. Bd. 1 S. 303.

[5]) Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 290 ff.; Engelmann, Bürgerl. Recht S. 298; wie es scheint auch Endemann, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 835 Anm. 6.

und die Verwandlung in ein Darlehn kurzerhand als Novation bezeichnet. Es ist jedoch zu scheiden:

Bei der Annahme des Entstehens eines wirklichen Darlehns ist davon auszugehen, daß darin nie Novation liegen kann. Zwar geht auch hier die ursprüngliche Obligation zugrunde, aber die Neubegründung erfolgt nicht mit und durch die Zerstörung der prior obligatio, sondern nach ihr. „Wenn eine Kontraktschuld in eine wirkliche Darlehnsschuld verwandelt wird, so wird die alte Obligation (Depositum, Kauf, Miete) nicht mittels der Darlehnsobligation aufgehoben, sondern durch Zahlung getilgt, die neue durch Hingabe begründet, nur daß das Hin- und Herzahlen unterbleibt.“ [1]) Aus der oben gegebenen Definition folgte übrigens klar, daß die Novation stets eine abstrakte Verpflichtung erzeugt, nie eine materiell gefärbte. Die alte und die neue Obligation dürfen im Falle der Novation nicht so geartet sein, daß sie einander unbedingt ausschließen. Wer aus einem Depositum schuldet, kann nicht die gleiche Schuld auch aus einem Darlehn schulden, wohl aber könnte er sie zugleich abstrakt schulden. Wir sprechen daher mit **Windscheid** [2]):

„Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß sobald der Novationsvertrag aufhört reiner Vertrag zu sein, sobald er seinen Bestimmungsgrund in sich hineinnimmt, dieser kein andrer sein kann als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob eine materiell charakterisierte Schuld auch in eine andre materiell charakterisierte verwandelt werden könne, z. B. eine Kaufobligation in eine Darlehnsschuld verwandelt werden könne.“ Die Verwandlung in eine materielle Schuld ist die Negation der Novation. Mit diesem Resultate

---

[1]) **Unger** bei Grünhut Bd. 15 S. 557 Note 5.

[2]) a. a. O. § 354.

stimmt die Ansicht der überwiegenden Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller [1]) überein.

Da sich für das preußische Recht und für das B.G.B., sofern hier der Begriff der Novation überhaupt anerkannt wird, er sich nicht verändert hat, so ist auch nach diesen Rechten die Verwandlung einer andren in eine wahre Darlehnsschuld keine Novation. Es kann daher nur eine Ungenauigkeit sein, wenn z. B. Engelmann,[2]) Endemann [3]) und Rehbein [4]) den Vorgang als Novation bezeichnen.

Verschieden kann sich das Verhältnis zwischen alter und neuer Schuld gestalten, wenn man in der Verwandlung in ein Darlehn die Begründung in eine abstrakte Schuld sieht. Es ist dann wohl möglich, daß beide Obligationen nebeneinander bestehen bleiben, oder daß die zweite die erste absorbiert. Kriterium für die Annahme dieser oder jener Möglichkeit kann lediglich der Parteiwille sein. Will der Schuldner sich nur noch einmal zur größeren Sicherheit des Gläubigers akzessorisch verpflichten, will dieser sich die strengere Klage aus dem abstrakten Geschäft sichern, daneben aber keineswegs die Klage aus dem alten Schuldgrunde aufgeben, nun gut, so tritt die neue Verpflichtung akzessorisch neben die alte; wenn dies aber nicht die Absicht der Parteien ist, so muß die alte Schuld verschwinden. Die Frage ist nur: Liegt hier datio (d. h. promissio) in solutum vor oder handelt es sich um Novation?

---

[1]) Römer a. a. O. S. 6; v. Salpius a. a. O. S. 329; Salkowski a. a. O. S. 71; Windscheid a. a. O. § 354; v. Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 245; Bähr, Anmerk. als Verpflichtungsgrund S. 210 u. 275 ff.; Bruns-Eck-Mitteis a. a. O. § 66c; Gneist a. a. O. S. 148; Scheele a. a. O. S. 131; Glück a. a. O. Bd. 12 S. 11; v. Vangerow Bd. 3 § 623 Anm. II Nr. 2.

[2]) Bürgerl. Recht S. 298.

[3]) Bürgerl. Recht Bd. 1 § 184 Nr. 6.

[4]) Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 151.

Nimmt man datio in solutum an, so stellt man sich auf den Standpunkt, daß man mit der „Verwandlung in ein Darlehn" die alte Schuld tilgt und zwar tilgt, nicht durch die geschuldete Leistung, sondern durch einen andren Wert, hier durch Eingehen der mit dem „Darlehn" gemeinten abstrakten Schuld. Gegen die rechtliche Möglichkeit dieser Konstruktion läßt sich schlechterdings nichts sagen. Aber aus tatsächlichen Momenten dürfte ihre Unanwendbarkeit bei dieser Verwandlung zu folgern sein.[1]) In der Natur der datio in solutum als eines Surrogats der Erfüllung ist es begründet, daß der Schuldner, der etwas an Erfüllungsstatt hingibt oder verspricht, in erster Linie doch wohl zahlen will. Nun ist es ja richtig, daß diese Zahlungsabsicht manchmal recht versteckt liegt; aber schließlich hat die datio in solutum doch immer „die Bestimmung, das Kreditverhältnis endgiltig aufzulösen,"[2]) auch da, wo dem Gläubiger eine Forderung zediert wird oder ein Wechsel an Zahlungsstatt gegeben wird. An solche Schuldtilgung denken aber die Parteien bei ihrer Vereinbarung, daß der Schuldner die aus einem andren Grunde geschuldete Summe fürder als Darlehn schulden solle, nicht. Hier handelt es sich, auch wenn die alte Schuld verschwinden soll, letztlich doch um Fortsetzung und Verlängerung bestehenden Kredites — wenigstens dem Wesen nach. Und obwohl auch der Weg der Novation über die Zerstörung der alten Schuld geht, vermag die Novation viel eher als die datio in solutum den Zweck der Parteien zu decken, weil eben doch das wirtschaftliche Moment der Novation in bloßer Umwandlung, in der „Fortsetzung des einmal begründeten Kreditverhältnisses in veränderter Form"[3]) liegt. Das Weiterleben des Kreditverhältnisses in abstrakter

---

[1]) Brinz, Pand. II S. 138.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 165 Anm. 3.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 165.

Form ist den Parteien die Hauptsache bei der in Frage stehenden Vereinbarung; daß dieses Weiterleben zugleich den Untergang des alten Schuldgrundes bedingt, ist eine juristische Begleiterscheinung, die erst in zweiter Linie für die Parteien in Betracht kommt, während sich das Verhältnis umkehrt, wo datio in solutum gemeint ist: da wird in erster Linie geleistet und getilgt, in zweiter erst weiter kreditiert.

Wir nehmen also für den Fall, daß die abstrakte durch unsre Vereinbarung hervorgerufene Schuld nicht akzessorisch neben die alte treten soll, Novation an. Ob nun das abstrakte Versprechen novatorisch oder akzessorisch wirken soll, ist Parteisache.

In dieser Hinsicht verordnete Justinian,[1]) daß die Parteien, wenn sie novieren wollten, „hoc expresserint“; während bis dahin der animus novandi im Zweifel angenommen wurde,[2]) war er jetzt im einzelnen Falle zu beweisen. Freilich erhub sich nun Streit, der sich im gemeinen Rechte fortsetzte, darüber, ob der animus novandi mit besonderen Worten präzis zu dokumentieren sei, oder ob es genüge, wenn er nur überhaupt aus den Vertrage zu erkennen sei. Für diese letzte Möglichkeit entschied sich die herrschende Lehre des gemeinen Rechts.[3])

Das preußische Recht fordert in A.L.R. I, 16 § 454 ebenfalls den animus novandi. Wir nehmen auch hier an, daß die erkennbare Novationsabsicht genügt und daß die Gesetzesstelle nicht den expressis verbis ausgedrückten animus novandi verlangt.[4])

---

[1]) l. 8 C. de nov. et deleg. VIII, 41.

[2]) v. Blume a. a. O. S. 62.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 170; R.G. Bd. 14 S. 210; Seufferts Archiv Bd. 32 Nr. 220; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 314.

[4]) So Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3 S. 145; v. Rönne a. a. O. Bd. 2 S. 243; Rocholl a. a. O. Bd. 2 S. 302.

Das B.G.B. vertritt unzweideutig den Standpunkt, daß Novation im Zweifel nicht anzunehmen sei. § 364 besagt im zweiten Absatz: „Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt." Dadurch ist jedoch die auf Novation gerichtete Absicht der Parteien nicht ausgeschlossen und so kann auch heute noch die Verwandlung in eine Darlehnsschuld eine novatorisch wirkende abstrakte Verpflichtung schaffen, nur wird die novatorische Absicht zu beweisen sein.[1])

Daß endlich dann, wenn in der „Verwandlung andrer Schulden in Darlehnsschulden" nur eine Abänderung der bestehenbleibenden Schuld zu sehen ist, von einer Novation nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand: hier fehlt ein wesentliches Moment der Novation, die „neue Obligation", die an die Stelle der früheren tritt.

b) Die Wirkungen der Verwandlung.

§ 8.

α) Beim Entstehen eines realen Darlehns.

Die Wirkungen und die Voraussetzungen der Verabredung im Sinne unseres Themas sind nun durchaus verschieden je nach der Konstruktionsart, die jedes einzelne Mal von den Parteien beliebt ist oder als von ihnen gewollt zu unterstellen ist.

Nehmen wir zunächst die Begründung einer wirklichen Darlehnsschuld an, so ist für das frühere wie heutige Recht Voraussetzung ihres Entstehens die völlige Vernichtung der alten Schuld durch Numeration — wenn auch fingierte —;

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 207.

erst wenn dies geschehen, ist Platz für die Eingehung einer neuen Obligation. Aus diesem Grundsatz läßt alles weitere sich einfach ableiten:

Der Kläger, der die Darlehnsschuld einklagen will, muß die Darlehnshingabe beweisen. In unserem Falle liegt diese Hingabe, wie schon ausgeführt, in der Doppelfiktion von Numeration und Solution; der Kläger hat also zur Substantiierung der Klage nur den Nachweis zu führen, daß der fragliche Umwandlungsvertrag geschlossen ist. Einen weiteren Beweis, etwa bezüglich der Existenz der früheren Schuld, braucht er erst auf Bestreiten des Beklagten zu erbringen;[1]) denn zunächst spricht doch die Vermutung für deren Existenz; wie könnte man sonst eine Umwandlung vorgenommen haben! Wird nun die Numeration der Darlehnsvaluta bestritten, so ist selbstverständlich das Zurückgehen auf das ursprüngliche Verhältnis keine Klageänderung. Daran hat man in der Praxis, wenn auch sonst Streit über Natur und Wirkung unsrer Verabredung herrschte, stets festgehalten.[2]) Darüber kann auch nach dem Wortlaut des § 607 Abs. 2 B.G.B. kein Zweifel herrschen. Freilich kann sich nun die in unsrer Vereinbarung liegende fingierte Zahlung wie jede andre auch als Zahlung einer vermeinten, in Wahrheit aber nicht bestehenden Schuld herausstellen. Um der dann vorliegenden ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers entgegen zutreten, gibt das römische Recht die condictio indebiti, das B.G.B. hilft mit dem entsprechenden § 812. Hier wie da wird verlangt, daß zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden ist, daß diese Verbindlichkeit in Wahrheit nicht bestanden hat, und endlich, daß die Leistung im

[1]) So auch metallogr. Protokolle Bd. 3 S. 1690.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 4 Nr. 149; 5, 127; 13, 17; 14, 92; 16, 255; 17, 236; 23, 118; 24, 113; 28, 20; 32, 222; R.O.G. V S. 259 u. 424, VIII S. 148; Bolze a. a. O. Bd. 1 Nr. 1709 Ziff. 8, XI 722, XI 32.

Irrtum geschehen ist. In letzterer Beziehung weicht das heutige Recht vom früheren aber insoweit ab, als heute nicht mehr Entschuldbarkeit des Irrtums gefordert wird, vielmehr jeder Irrtum genügt. „Daher hat der Beklagte dem Kläger die Kenntnis von dem Mangel einer Schuld nachzuweisen.“[1]) Während also früher der Kläger nicht nur die erfolgte Zahlung und die Nichtexistenz der Schuld, sondern auch seinen (entschuldbaren) Irrtum nachzuweisen hatte, ist der Gang heut folgender: Der Kondiktionskläger weist nach, daß er eine Nichtschuld gezahlt hat, sei es, daß diese Schuld niemals entstanden ist, sei es, das ihr rechtlicher Grund wieder weggefallen oder daß dem Anspruche „eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde“.[2]) Nunmehr kann Beklagter dem Kläger nachweisen, daß dieser von seiner Nichtverpflichtung zu der Leistung gewußt habe, oder daß sie einer „sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach“,[3]) in welchem Falle man an Schenkung zu denken hätte. Man hat nun freilich auch die Ansicht vertreten, daß es der condictio indebiti gar nicht bedürfe, wenn sich die alte Schuld als nicht existent erwiese.[4]) Es fehle in einem solchen Falle eben die Valuta des Darlehnsversprechens und deshalb käme ein Darlehn überhaupt nicht zustande und deshalb brauche man auch nicht der Anfechtung mittels condictio indebiti. Für den Fall, daß die Verwandlung in ein Darlehn nun ein wirkliches Darlehn erzeugen soll, ist die Theorie aber nicht zu halten. Hier mag die alte Schuld allerdings wohl wirtschaftlich die Valuta des Dar-

---

[1]) vgl. Engelmann, Bürgerl. Recht S. 468.

[2]) B.G.B. § 813.

[3]) B.G.B. § 814.

[4]) So Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 207; die hier vertretene Ansicht teilt Klemperer a. a. O. S. 572, 578.

lehnsversprechens darstellen, in der juristischen Konstruktion tut sie das nicht. Die Darlehnsschuld ist vielmehr ganz unabhängig von der alten Schuld durch (allerdings fingierte) Zahlung entstanden, wie die alte durch (ebenfalls fingierte) Solution getilgt ist. Alte und neue Schuld stehen juristisch nicht im Verhältnis von Wert und Gegenwert und man kann deshalb hier nicht sagen, daß, wenn der Wert fehle, schon deshalb auch der Gegenwert in sich zusammenfalle.

Aus denselben Gedanken heraus folgt zugleich, daß diese Kondiktion eine condictio indebiti soluti ist, und weiter, daß Leistungen aus Naturalobligationen, d. h. solchen Obligationen, die wohl zahlbar, nicht aber klagbar sind, wie überhaupt, wenn sie einmal geschehen sind, so auch im vorliegenden Falle, wo sie als geschehen nach unserer Fiktion zu gelten haben, nicht kondiziert werden können.

Das Schenkungsversprechen z. B. bedarf nach B.G.B. § 518 Abs. 1 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, ist also ohne die Beobachtung dieser Form nicht klagbar; wohl aber kann nach Abs. 2 desselben Paragraphen der Mangel der Form durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt werden. Bewirkt braucht aber die Leistung nicht stets durch körperliche Hingabe zu werden; auch in der Verwandlung einer Schuld in ein reales Darlehn liegt eine Solution der alten Schuld. Verwandeln die Parteien also die Schuld aus formlosem Schenkungsversprechen in ein wirkliches Darlehn, so ist die neu entstandene Darlehnsschuld klagbar.

Klaglos kann die alte Schuld demnach sein, und dennoch wird die neuentstandene Darlehnsschuld klagbar werden; eine „vom Gesetz gemißbilligte“[1]) darf die alte Schuld aber nicht sein: § 762 B.G.B. verwirft die Spiel- und Wettschuld, § 656 B.G.B. den Ehemäklerlohn als klaglos schlecht-

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271.

hin; ja nicht einmal das Anerkenntnis, auf Spiel- und Wettschuld oder auf den Ehemäklerlohn gezogen, soll verbindlich sein (§ 762 Abs. 2, § 656 Abs. 2). Das Gesetz will die Spielschuld und die Ehemäklerei nicht nur als solche treffen. Wir werden deshalb anzunehmen haben, daß auch die Darlehnsschuld, die aus einer solchen Schuld durch die Verwandlungsabrede im Sinne unseres Themas entstanden ist, durch die Versagung der Klagbarkeit getroffen wird, obwohl ja nach der hier behandelten Konstruktionsart die neue Schuld juristisch unabhängig von der alten steht.[1]) Würde man dies nicht tun, so wäre damit der Umgehung der §§ 656 und 762 Tür und Tor geöffnet und namentlich würde die Unverbindlichkeit des Schuldanerkenntnisses bzgl. der Schulden aus Spiel und Ehemäklerei völlig illusorisch werden. —

Andrerseits werden aber selbst verjährte Schulden wieder klagbar durch Verwandlung in Darlehnsschulden; denn nach der herrschenden Ansicht vernichtet die Verjährung nicht die Forderung selbst, sondern nur die Möglichkeit ihrer zwangsweisen Geltendmachung;[2]) es bleibt also eine naturalis obligatio übrig, die infolge der fingierten Numeration auch in unserem Falle getilgt wird; die an ihre Stelle tretende Darlehnsschuld ist klagbar.

Selbstredend ist übrigens, daß der Schuldner die Einreden aus § 119 ff. B.G.B. hat, wie überhaupt die Voraussetzungen des Verwandlungsvertrages die allgemeinen Vertragsvoraussetzungen sind.[3])

Ebenfalls nur eine Folge des durch die fingierte Solution herbeigeführten Untergangs der prior obligatio ist der Unter-

---

[1]) So Endemann, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 847; Neumann a. a. O. zu § 607; Fischer-Henle a. a. O. zu § 762 Abs. 2; Planck a. a. O. zu § 762 Abs. 2 u. § 656 Abs. 2.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 350.

[3]) vgl. Martin a. a. O. S. 61.

gang der mit dieser verbunden gewesenen Privilegien z. B. der Konkursvorrechte. So werden auch Bürgen und Pfänder frei; für die alte Schuld waren sie bestellt, für diese hafteten sie; die ist aber durch (wenn auch fingierte) Solution getilgt. Sie werden daher gegenstandslos. Unstreitbar ist freilich, daß der Parteiwillen die Pfänder wie Bürgen auch für die Darlehnsschuld weiter haften lassen kann. Es wird oft aus der bloßen Anwesenheit des Bürgen beim Abschluß des Verwandlungsvertrages, andrerseits aus der stillschweigenden Belassung des Pfandes beim Gläubiger deren Weiterhaftung zu schließen sein. Man hat sich aber stets dabei vor Augen zu halten, daß es juristisch nicht mehr die Bürgen und Pfänder der alten Schuld sind, sondern neue Pfänder zu neuem Range, neue Bürgen.

Eben weil die alte Schuld als getilgt angesehen wird, hören auch die Zinsen derselben zu laufen auf; dies gilt im gleichen Maße für besonders stipulierte Zinsen wie für die pacto adiecto ausgemachten oder die gesetzlichen und Verzugszinsen.

Daß nach der angenommenen Bezahlung der alten Schuld von einem Verzuge des Schuldners aus der prior obligatio keine Rede sein kann, ist ja selbstverständliche Folge der Vernichtung derselben.

Gehen mit der alten Schuld deren Privilegien unter, so müssen konsequent auch alle Einwendungen, die der Schuldner zu machen früher in der Lage gewesen ist, nach der Umwandlung verloren gegangen sein. Die alte Schuld ist getilgt und völlig unabhängig von ihr haben die Parteien nunmehr ein Darlehn verabredet. Wie kann dies von Einreden getroffen werden, die aus einer früheren Obligation folgen.

Wiederum nur eine logische Folge unsrer Konstruktionsart ist die Aufhebung der Korrealobligationen; denn ist die Schuld getilgt, so ist sie allen gegenüber getilgt, oder von allen.

Die Verjährungsfrist für die neue Schuld — laufend von der „Verwandlung" — ist die gewöhnliche selbst dann, wenn nach heutigem Rechte für die ursprüngliche Schuld etwa eine kürzere in Betracht kommen würde; freilich können auch hier die Parteien die kürzere der alten Schuld beibehalten (§ 225 B.G.B.).

Im übrigen richtet sich natürlich die Verpflichtung des Gegners bei synallagmatischen Verträgen nach dem ursprünglichen Verhältnis; denn eine Verwandlung etwa eines ganzen Schuldverhältnisses in ein anderes kennen wir nicht, und im Vorstehenden ist auch stets nur von der Verwandlung lediglich einer Schuld die Rede.

Auf die neu entstandne Darlehnsschuld finden selbstredend die Vorschriften über das Darlehn Anwendung.

Endlich wäre noch zu bemerken, daß weder das alte noch das neue Recht für die Verwandlung in dem hier entwickelten Sinne eine Form verlangt.

§ 9.

β) Beim Entstehen einer abstrakten Schuld.

Hatten die Parteien mit ihrer Umwandlung eine abstrakte Schuld schaffen wollen, so muß zur Klagebegründung ebenfalls der Nachweis der „conventio, ut crediti nomine eam pecuniam retineas"[1]) genügen. Klagegrund ist der in dem abstrakten Schuldversprechen oder -anerkenntnis liegende Wille; gleichgültig ist an sich die prior obligatio.[2]) Gleichwohl ist ein Zurückgehen auf diese keine Klageänderung.[3])

---

[1]) l. 15 D. de reb. cred. 12,1.

[2]) Planck a. a. O. zu § 607; vgl. ferner die Literatur oben S. 55.

[3]) So Neumann a. a. O. zu § 607; Fischer-Henle a. a. O. zu § 607; ferner die Literatur oben S. 55; anders als hier Martin a. a. O. S. 69.

Diesen Grundsätzen begegnen wir allenthalben in der Theorie; die Praxis hat sie vollends stets festgehalten, selbst da wo sie im übrigen dem Verwandlungsvertrage eine anerkennende Kraft nicht einmal zugesteht.[1]) Da ein Anerkenntnis des Schuldners vorliegt, dürfte es, wenn er die Existenz der alten Schuld in Frage zieht, seine Sache sein zu beweisen, daß die neue „Darlehns"schuld nicht entstehen konnte, weil eben eine alte nicht bestand. Ganz unstreitig dürfte diese Verteilung der Beweislast dann sein, wenn das Anerkenntnis des Beklagten in einem Schuldschein schriftlich enthalten ist.[2])

Ist nun der Umwandlungsvertrag geschlossen, ohne daß die umzuwandelnde Schuld bestanden hätte, so kann sich natürlich der Empfang des schuldnerischen Anerkenntnisses als ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers im Sinne des § 812 Abs. 2 B.G.B. darstellen. Dann hat der Schuldner, vorausgesetzt, daß alle Umstände vorliegen, unter denen eine geleistete Zahlung zurückgefordert werden kann, die condictio indebiti.[3]) Gegen die Klage des Versprechensempfängers kann sich entsprechend der Schuldner auch durch eine Einrede schützen. Diese steht ihm nach § 821 B.G.B. sogar dann zu, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit selbst schon verjährt ist.

Selbstredend ist auch hier gegebenenfalls die Anfechtung des Umwandlungsvertrages wegen Irrtums, Zwanges, Drohung, Täuschung möglich.

Was die Naturalobligationen angeht, so kann es zunächst nicht zweifelhaft sein, daß sie obwohl nicht klagbar, so

---

[1]) vgl. Klemperer a. a. O. S. 568 ff.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 17 Nr. 236; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 2 S. 207; Martin a. a. O. S. 68; Planck a. a. O. zu § 607 Abs. 2.

[3]) vgl. Planck a. a. O. zu § 607 Abs. 2.

doch zahlbar sind.[1]) Andrerseits kann aber auch die Parteiabsicht gerade darauf gehen statt zu leisten vorerst einmal die Forderung sicher zu stellen: Dies kann man wie durch Bestellung einer Bürgschaft, eines Pfandes[2]) auch durch Novation, durch ein Zahlungsversprechen, erreichen. So hat z. B. das römische Recht ausdrücklich anerkannt, daß eine Naturalobligation novierbar sei[3]) und anders kann es nach modernem Recht im allgemeinen auch nicht sein. Daher sind z. B. verjährte Forderungen, die wohl zahlbar sind, ohne Zweifel durch ein Anerkenntnis, also in abstrakter Form, klagbar zu machen.[4]) Daher werden Naturalobligationen klagbar durch die Verwandlung in ein Darlehn, dem die Bedeutung abstrakter Schuld zukommt.[5]) Ausdrücklich etwas andres bestimmt § 762 Abs. 2 B.G.B. hinsichtlich der Spiel- und Wettschulden, die in Darlehnsschulden verwandelt worden sind: „Diese Vorschriften (nämlich über eigentliche Spiel- und Wettschulden) gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondre für ein Schuldanerkenntnis.“ Ähnlich spricht sich § 656 Abs. 2 B.G.B. über die zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit als Lohnes für Ehevermittlung eingegangenen abstrakten Schuld aus. Im Resultate übereinstimmend liegt auch der Fall, daß ein wegen Formenmangels nur als Naturalobligation bestehendes Schenkungsversprechen

---

[1]) Brinz, Kritische Blätter III.

[2]) l. 16 § 3; l. 60 D. de fideiussoribus 46, 1; l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1; vgl. auch § 223 Abs. 1 B.G.B.

[3]) l. 1 § 1 D. de nov. et deleg. 46, 2.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 350; Regelsberger a. a. O. Bd. 1 § 186 Anm. 4.

[5]) vgl. Martin a. a. O. S. 61; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271.

nach § 518 Abs. 1 B.G.B. nicht durch gewöhnliche Anerkennung, also auch nicht durch Verwandlung in ein „abstraktes Darlehn“, klagbar gemacht werden kann.

Auch bzgl. des abstrakten Versprechens gilt die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren. Ist die Verjährung für die alte umgewandelte Schuld eine kürzere, so wird diese kürzere nur übernommen, wenn es die Parteien wollen und wie es nach § 225 B.G.B. gestattet ist.[1])

Im übrigen richten sich die Wirkungen der Verwandlung anderer Schulden in Darlehnsschulden mit abstraktem Charakter nach den Vorschriften über abstrakte Verträge überhaupt; so ist namentlich, wie schon einmal angedeutet, neuerdings durch das B.G.B.[2]) der Abschluß abstrakter Verträge an eine Form, die Schriftlichkeit, gebunden, es sei denn, daß das Versprechen bezw. Anerkenntnis bei einer Abrechnung oder einem Vergleich gegeben werde[3]) (abgesehen noch von den Ausnahmen des Handelsrechts)[4]). Aus der Bezeichnung des abstrakten Geschäfts als eines Darlehns ergibt sich immer bis zu einem gewissen Grade die Absicht der Parteien die neue Schuld unbeschadet der durch ihre abstrakte Natur bedingten Regeln unter die Grundsätze über das Darlehn zu stellen;[5]) so dürften namentlich für das heutige Recht §§ 608 und 609 B.G.B. von Bedeutung sein: Die Fälligkeit der Zinsen und die Kündigungsfristen sind die des Darlehns.

Auch hier ist zu betonen, daß bei synallagmatischen Verträgen, bei denen die Schuld nur einer Vertragspartei Gegen-

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271; Fischer-Henle a. a. O. zu § 607.

[2]) §§ 780, 781; vgl. oben S. 32 ff.

[3]) § 782 B.G.B.

[4]) H.G.B. § 350.

[5]) vgl. Planck a. a. O. zu § 607 Abs. 2.

stand des Anerkenntnisses ist, die der anderen auch weiterhin Schuld aus dem alten Verhältnis bleibt.

Hinsichtlich des Erlöschens bezw. Weiterbestehens der mit der alten Schuld verbunden gewesenen Priviligien und Nachteile ist zwischen novatorisch und akzessorisch wirkenden abstrakten Versprechen zu unterscheiden:

Bei der Novation gehen mit der Zerstörung der alten Schuld auch deren Privilegien, so auch die Konkursprivilegien, unter. Das für sie bestellte Pfand wird frei, desgleichen der Bürge.[1])

Ferner wird der Zinsenlauf unterbrochen, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um vertragliche Zinsen handelt oder um solche, die wie die Verzugszinsen auf einem Rechtssatz beruhen. Nur ist der Grund bei beiden ein verschiedner: Im letzteren Falle gehen sie unter, weil ihr Rechtsgrund weggefallen, der Verzug beendet ist, im ersteren begründet sich die Zinsunterbrechung aus dem allgemeinen Grundsatz heraus, daß ohne Kapitalschuld Zinsen nicht geschuldet werden. Die neue Schuld bringt aber Zinsen wieder nur, wenn dies besonders vereinbart ist oder aus den Umständen zu entnehmen ist; denn an sich ist heut das Darlehn nicht verzinslich.[2])

Selbstredend ist ferner der Wegfall einer Konventionalstrafe und vor allem das Aufhören des Verzuges. Dies letztere liegt einmal daran, daß die alte Schuld zerstört ist, daß also der Verzug aus ihr nicht mehr möglich ist. Salkowski[3]) meint allerdings, daß die Novation an sich nicht die Kraft hätte, die mora aufzuheben. Aber wollte man ihm darin auch beipflichten, so wäre in der Tatsache, daß der Verwandlungsvertrag stets notwendig auch eine Stundung der Schuld

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil 1 S. 271; Martin a. a. O. S. 63, 69; Klemperer a. a. O. S. 572.

[2]) vgl. § 608 B.G.B.

[3]) a. a. O. S. 285.

in sich schließt, allein schon das Aufhören des Verzugs begründet. Die bereits eingetretnen Folgen des Verzugs, vor allem schon verwirkte Verzugszinsen, dürften bestehen bleiben und in den meisten Fällen sogar auch Gegenstand des Anerkenntnisses sein; nach gemeinem Rechte freilich verfallen die Verzugszinsen als accessorium der weggefallnen Hauptschuld.[1]) Alle noch weiterhin sich äußernde Verzugsfolgen wie die strengere Haftung des Schuldners entfallen für die Zukunft

Aus dem Wesen der Novation ergibt sich weiter, daß die Gesamtschuldverbindlichkeiten erlöschen; freilich ist auch das nicht unbestriten.[2])

Was ferner die Einreden aus dem früheren Verhältnis anlangt, so stehen diese an sich dem Schuldner auch weiterhin zu. Man kann dies mit Salkowski[3]) vielleicht auf die „transfusio ac translatio prioris debiti in aliam obligationem"[4]) zurückführen. Jedenfalls werden sie durch die Konsumptionswirkung der Novation nicht betroffen; wenn sie aber gleichwohl in den meisten Fällen untergehen, so liegt dies an „dem in der Promission trotz des Wissens von der Anfechtbarkeit des bisherigen debitum zu erblickenden Verzicht auf das Anfechtungsmittel".[5])

Endlich sei noch bemerkt, daß gegen die aus der Verwandlung herrorgegangene abstrakt-novatorisch wirkende Darlehnsschuld gemäß § 390 B.G.B. aufgerechnet werden kann nur mit einer Forderung, die zur Zeit der Vornahme der Umwandlung noch nicht verjährt war.

Ganz anders sind die Wirkungen unsres Verwandlungs-

---

[1]) Windscheid a. a. O. § 259 Anm. 9.

[2]) Die Ansicht des Textes teilt Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Teil I S. 375; anders Enneccerus a. a. O. S. 576.

[3]) a. a. O. S. 361.

[4]) Ulp. lib. 46 ad Sab.

[5]) vgl. Salkowski a. a. O. S. 399.

vertrages, wenn die Darlehnsschuld die frühere nicht novieren soll, wenn sie vielmehr akzessorisch neben sie treten soll. Dann ist der Gläubiger nicht an die Klage aus dem abstrakten Versprechen gebunden, sondern er kann auch die Schuld aus dem alten Schuldgrunde einklagen. Daher kann er, ohne daß ihm die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstünde, oder ohne daß ihm eine unzulässige Klageänderung zur Last fiele, zuerst aus dem Schuldschein und dann aus dem alten Schuldgrunde oder umgekehrt Klage erheben.[1])

Weil hier die alte Schuld weiter besteht, bleiben auch Pfänder und Bürgen verhaftet,[2]) daher wird der Zinsenlauf nicht unterbrochen, fraglos bestehen die Gesamtschuldverbindlichkeiten ebenfalls weiter und namentlich bleiben die Einreden im vollem Umfange dem Schuldner erhalten.

Auch auf den Verzug dürfte an sich das neue abstrakte Versprechen keinen Einfluß äußern; weil aber in dem Verwandlungsvertrage nun stets auch eine Stundung steckt, so ist die Annahme, daß er auch in dem Falle des akzessorisch wirkenden Versprechens aufhöre, gerechtfertigt.[3])

§ 10

γ) Bei Annahme einer bloßen Abänderung.

Wir betrachten endlich, was für Wirkungen unsere Vereinbarung eine Schuld weiter als Darlehn zu schulden hat, falls die Parteiabsicht dahin geht, den alten Schuldgrund beizubehalten, im übrigen aber, soweit dies nach Lage der Sache möglich, die Schuld mit den Rechtsfolgen einer Darlehnsschuld zu umkleiden.

---

[1]) vgl. Bolze a. a. O. Bd. 1 Nr. 1709 Ziffer 8.

[2]) vgl. unten S. 68.

[3]) Martin a. a. O. S. 63.

Auch hier sei mit der Klagesubstantiierung begonnen:

Ist eine Umwandlung in ein Darlehn vorgenommen worden, ist vielleicht gar ein Schuldschein über die Schuld als Darlehnsschuld ausgestellt worden, so ist, auch wenn die Umwandlung nur abändernde, modifizierende Bedeutung hat, der Gläubiger stets berechtigt, die Klage aus dem Umwandlungsvertrage, aus dem Darlehnsschuldschein zu erheben. Es genügt sogar, wenn die Klageschrift nur die Behauptung enthält, der Beklagte schulde dem Kläger eine Summe aus Darlehn.[1]) Aber der Kläger ist nicht allein auf die Klage aus dem Umwandlungsakt verwiesen; denn da der alte Schuldgrund fortlebt und die alte Schuld in dem Verwandlungsvertrage nur abändernden Bestimmungen unterworfen worden ist, muß es dem Gläubiger auch freistehen aus eben diesem ursprünglichen Verhältnis zu klagen.[2]) Jedenfalls wird er auch im Falle der Klage aus dem Schuldschein auf Bestreiten des Beklagten dies ursprüngliche Verhältnis aufzudecken event. zu beweisen haben.[3]) Planck[4]) nimmt allerdings an, daß „dieser Beweis regelmäßig bis zum Gegenbeweise als durch das in dem Umwandlungsvertrage liegende außergerichtliche Geständnis geführt anzusehen sei“.

Auch hier ist das Zurückgehen auf das ursprüngliche Verhältnis keine Klageänderung.[5])

---

[1]) Planck a. a. O. zu § 607; Bolze a. a. O. Bd. 2 Nr. 892, Bd. 11 Nr. 732; R.O.H.G. Bd. 8 S. 148; Martin a. a. O. S. 68.

[2]) Klemperer a. a. O. S. 574, vgl. bes. die zahlreichen Entscheidungen bei v. Rönne a. a. O. Bd. 1 S. 665ff.;

[3]) Bolze a. a. O. Bd. 2 Nr. 894; R.O.H.G. Bd. 8 S. 148; Gruchot, Beitr. Bd. 31 S. 1048 Bd. 27 S. 943; Kuhlenbeck a. a. O. zu § 607; Martin a. a. O. S. 68; Striethorsts Archiv Bd. 24 S. 176, Bd. 30 S. 350; Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 127.

[4]) a. a. O. zu § 607.

[5]) Gruchots Beitr. Bd. 35 S. 1196; Bolze a. a. O. Bd. 1 Nr. 1709 Ziff. 8; 9, Nr. 722; 11, Nr. 732;. Fischer-Henle a. a. O. zu § 607 Abs. 2; Kuhlenbeck ebenda; Neumann ebenda.

Bestand die alte Schuld gar nicht, so kann sie auch nicht in ein Darlehn abgeändert werden; bestand sie nur als Naturalobligation, so wird sich ihre Wirkung nicht heben, wenn sie in ein Darlehn umgewandelt wird, dem nur die Bedeutung einer Modifikation bestehender Schuld nach Darlehnsgrundsätzen zukommt. Aus der Naturalobligation wird keine Schuld aus Darlehn; sie bleibt vielmehr, was sie war.

Aus dem Erhaltenbleiben der alten Schuld folgt logisch das Fortbestehen der ihr entgegenstehenden Einreden.

Auch alle sonstigen Nachteile und Vorteile der Schuld leben weiter. Insbesondere erlischt weder das Pfand noch die Bürgschaft. Sie haften weiter; dabei ist jedoch zu beachten, daß die Verpflichtung des Bürgen nach B.G.B. § 767 Abs. 1 nicht durch ein Rechtsgeschäft erweitert wird, das der Hauptschuldner nach der Bürgschaftsübernahme vornimmt, also auch nicht durch unsre Vereinbarung, falls in ihr Erschwernisse vorhanden sein sollten; auch das Pfand nimmt keine erweiterte Haftung gemäß § 1210 Abs. 1 B.G.B. durch ein solches Geschäft an, das der Schuldner nach der Verpfändung abschließt wenn nicht der Eigentümer des Pfandes zugleich persönlicher Schuldner ist.

Auch bei bloßer Abänderung hört doch der Verzug auf, weil selbst dann in der Vereinbarung eine Stundung zu erblicken ist, ja nach preußischem Recht die Stundung als das eigentlich Gewollte häufig angesprochen wurde.[1])

War die Schuld verzinslich, wird der Zinsenlauf durch unsre Verabredung nicht unterbrochen. Eine bisher unverzinsliche Schuld trägt nicht ohne weiteres Zinsen;[2]) doch wird die Verabredung von Zinsen oft Ziel und Zweck der ganzen Verwandlung sein.[3])

---

[1]) vgl. Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 921.

[2]) § 608 B.G.B.

[3]) vgl. A.L.R. I, 11 § 868.

Auf bestehende Gesamtschuldverbindlichkeiten hat die blos abändernde Vereinbarung keinen Einfluß; sie wirkt vielmehr nur zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, die die Verwandlung in ein Darlehn verabredet haben.

Im übrigen ergibt sich aus der oben [1]) geschilderten Natur dieser ganzen Beredung, daß die alte Schuld fortan unter die Rechtsgrundsätze des Darlehns gestellt und darnach beurteilt wird, so daß sich namentlich Kündigungsfristen, Rückzahlungszeit- und ort, Zinsabmachungen, überhaupt alle Nebenrechte nach den Vorschriften über das Darlehn richten.[2]) Insbesondere tritt, auch wenn bisher eine kürzere Verjährungsfrist bestanden hatte, von nun ab die dreißigjährige für Darlehnsschulden ein, wenngleich es nicht an Stimmen [3]) fehlt, die die Verjährungsfrist aus der zugrunde liegenden materiellen Schuld beurteilt wissen wollen, weil nach § 225 B.G.B. eine Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht statthaft sei.[4]) Jedenfalls liegt in unserer Vereinbarung eine Verjährungsunterbrechung im Sinne des § 208 B.G.B., so daß die neue Verjährungsfrist vom Tage der Verwandlung ab zulaufen beginnt.

Einer Form bedarf der lediglich abändernde, nicht anerkennende Verwandlungsvertrag natürlich nicht.

---

[1]) vgl. S. 34 ff., insb. S. 43 ff.

[2]) vgl. Planck a. a. O. zu § 607.

[3]) Gegen uns: Förster-Eccius (5. Aufl.) Bd. 1 § 97 Anm. 10; Klemperer a. a. O. S. 574; auch Fischer-Henle a. a. O. zu § 607 in der 3. Aufl.; Josef a. a. O. S. 12; Neumann a. a. O. zu § 211.

[4]) Wie hier: Fischer-Henle a. a. O. zu § 607 Abs. 2 (5. Aufl.); Planck a. a. O. zu § 607 Abs. 2; Martin a. a. O. S. 66.

C.

§ 11.

Zusammenfassung und Schlußbetrachtung.

Wir haben gesehen, die Vereinbarung, eine bestehende Schuld fortan als Darlehn zu schulden, kann dreierlei bedeuten:

Es kann ein reales Darlehn im Sinne Ulpians entstehen, es kann das Darlehn nur einen Deckmantel für das zugrunde liegende abstrakte Anerkenntnis mit akzessorischem oder novatorischem Effekte abgeben, es kann letztens lediglich eine bloße Änderung der alten Schuld, ein quasimutuum, vorliegen.

Die Wahl der einen oder anderen Konstruktion hat tiefreichende und bei den einzelnen Konstruktionsarten weit auseinander gehende Rechtsfolgen. Die Wirkungen der Vereinbarung unseres Themas sind andere, wenn ein reales Darlehn anzunehmen ist, andere, wenn ein akzessorisches Anerkenntnis vorliegt, wieder andere, wenn Novation beabsichtigt ist, und abermals andere, wenn die Schuld die alte bleiben und nur in gewisser Hinsicht sich ändern soll.

Dem gegenüber ist die Feststellung vonnöten, wann nun die eine oder andere Konstruktionsart zu wählen ist.

Für das römische Recht ist die Frage leicht zu entscheiden und oben S. 20 bereits dahin entschieden worden,

daß die Konstruktion Ulpians, die Annahme des wahren Darlehns gestützt auf doppelte Fiktion der Zahlung der alten Schuld und Neuauszahlung der Darlehnsvaluta, die eigentlich römische ist, die von keiner andren ersetzt werden kann.

Für das moderne Recht ist eine gesetzliche Regelung, welche der vier angegebenen Eventualitäten zu wählen ist, nicht getroffen worden.

Das preuß. A.L.R. scheint allerdings in I, 11 § 866—868 die Umwandlung als Abänderung besonders zu begünstigen, der gegenüber alle anderen Konstruktionen subsidiär sind und gegebenenfalls aus der erklärten Parteiabsicht oder den Begleitumständen besonders zu beweisen sind. Jedenfalls hat die Theorie, vor allem aber die Judikatur des preußischen Rechts, wie oben mehrfach betont, sich fast allgemein auf den Standpunkt gestellt, die Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn bedeute nichts als eine bloße Modifizierung der Schuld nach Darlehnsrecht.

Ganz offen bleibt im gemeinen und im heutigen Recht die Frage, welche Konstruktion zu wählen ist, wenn wir absehen von der oben S. 34 (ob.) für das heutige Recht festgestellten Beschränkung des „abstrakten" Darlehns auf schriftliche Verwandlungsverträge. Das Gesetz bevorzugt keine. Es wird eine Tatfrage sein, die jedes einzelne Mal aus den Umständen des Falls, aus den Parteiverhandlungen vor Abschluß des Verwandlungsvertrages, aus der ganzen Sachlage, vor allem aus der Absicht und dem Zweck, den die Parteien verfolgen, zu beantworten sein dürfte. Rund zu erklären, die und die Theorie sei die gesetzmäßige und im Regelfall gewollte, alle anderen seien ihr gegenüber zu beweisen, wie dies fast die gesamte Theorie und Praxis tut, wobei jedoch der Reihe nach jede einzelne Konstruktion von den verschiednen Stimmen als die „legislatorisch approbierte" bezeichnet wird, ist m. E. nicht gerechtfertigt. Wie überall, wo

das Gesetz ihm freie Hand läßt, ist auch bei der Wahl der einen oder anderen Konstruktionsart der Parteiwille allein ausschlaggebender Faktor. Was die Parteien ausdrücklich wollen oder was als gewollt ihnen zu unterstellen ist, gilt, soweit daß Gesetz nicht hindernd dazwischen tritt. Das Gesetz geht aber auf Natur und Wirkungen unserer Vereinbarung gar nicht ein. Die Parteien sind in ihrer Wahl also völlig frei; sie können eine reale Darlehnsschuld schaffen, können anerkennen, novieren oder abändern. Wann dies oder jenes anzunehmen ist, dies zu erforschen, ist Sache des Richters in jedem einzelnen Falle.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ernst Sander, geboren am 3. Dezember 1882 zu Guben als Sohn des jetzigen Bahnhofsrestaurateurs August Sander zu Jauer und seiner — nunmehr schon verstorbenen — Ehefrau Pauline geb. Kriems, Preuße, evangelisch, besuchte bis zum Jahre 1901 das Gymnasium zu Guben. Mit dem Zeugnis der Reife bezog er dann die Universität Breslau; in seinem vierten Semester studierte er an der deutschen Universität Prag, um darauf in Breslau seine Studien zu vollenden. Am 30. Juni 1904 bestand er am Oberlandesgericht zu Breslau das Referendarexamen und wurde zunächst dem Amtsgericht zu Naumburg am Queiß als Referendar überwiesen. Am 25. Juli 1905 legte er darauf das examen rigorosum vor der juristischen Fakultät in Breslau ab. Zurzeit ist er am Landgericht zu Görlitz beschäftigt.

Seine wissenschaftliche Ausbildung verdankt er folgenden Herren Professoren und Dozenten:

Beyerle, Brie, Dahn, Dittrich, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Leonhard, Rauchberg, Schücking, Sombart, Freiherr von Wieser, Ulbrich.